



MARIA RITA DUTRA BAHIA

**A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA A
PARTES NÃO-SIGNATÁRIAS: A TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS SOB
A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO (PORTUGAL x BRASIL)**

Dissertação de mestrado com vista à obtenção
de grau de Mestre em Direito Forense e
Arbitragem.

Orientador:

Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Junho de 2019

MARIA RITA DUTRA BAHIA

**A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA A
PARTES NÃO-SIGNATÁRIAS: A TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS SOB
A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO (PORTUGAL x BRASIL)**

Dissertação de mestrado com vista à obtenção
de grau de Mestre em Direito Forense e
Arbitragem.

Orientador:

Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Junho de 2019

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Nos termos do art. 20.º-A do Regulamento do 2.º Ciclo da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, eu, Maria Rita Dutra Bahia, número de aluna 005372, declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Declaro, ainda, que tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 15 de junho de 2019

*Aos meus pais, Ana Rita e Ricardo,
e aos meus avós Dina e José.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão do curso de Mestrado em Direito e Forense e Arbitragem não significa para mim apenas o encerramento de um trabalho que se iniciou em setembro de 2017. Mais do que isso, o fechamento deste ciclo representa a conquista de um sonho que eu tenho desde o início do curso de Direito, em 2009.

Nesse particular, não posso deixar de agradecer, em primeiríssimo lugar, à minha mãe, que, embora não mais fisicamente, esteve – e está – ao meu lado nas minhas mais importantes decisões e é a minha inspiração maior para a conquista que eu almejo ter logo em seguida à conclusão do mestrado: ser, além de advogada, professora. Mãe, que o amor que eu tenho pela minha profissão, que eu devo a você, sirva de combustível para eu encarar os próximos anos de trabalho e aprendizado.

Agradeço também ao meu pai que, embora com algum desconforto, possibilitou que eu fizesse o curso de Direito na melhor faculdade particular do Brasil, a minha querida e gloriosa Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aliás, eu ainda trago fresca na memória a lembrança das minhas primeiras aulas de Processo Civil, que me fizeram ter, desde o início, a certeza de qual campo do Direito eu iria seguir. Digo isso por causa da querida professora Simone Fritschy Louro, que, com sua excelente didática e carisma me fez entender com facilidade a matéria que, para muitos, é um grande dilema. Deixo a ela também o meu mais sincero obrigada.

Agradeço também aos meus avós, Dina e José, que sempre me incentivaram nos estudos e no trabalho e que sempre foram compreensivos com as minhas ausências e atrasos, especialmente agora que precisam ainda mais estar perto da nossa família. A você, Vovó Den, eu devo o meu amor aos livros e a minha vontade de me tornar uma profissional melhor a cada dia. A você, Vovô José, eu devo cada milímetro da minha honestidade, da minha bondade e da minha sede de fazer o mundo melhor, ajudando as pessoas e fazendo o que eu amo.

Não posso deixar de agradecer também ao meu chefe e amigo, Roberto Figueiredo, que foi quem me incentivou, em primeiro lugar, a fazer o curso de mestrado em Lisboa, além, é claro, de ser responsável por grande parte da minha bagagem jurídica.

Agradeço também à minha amiga, irmã que eu escolhi, um dos grandes amores da minha vida, que já caminha ao meu lado há pelo menos oito anos e com quem eu tive a honra de dividir o mesmo teto e as mesmas indagações durante o tempo em que vivi Lisboa: Vivi, você deixou tudo mais leve e mais lindo. Que ainda tenhamos muitos momentos, muitas dúvidas e muitas conquistas para compartilhar.

Agradeço muito e todos os dias por ter compartilhado parte da minha experiência em Lisboa com outro grande amor da minha vida: meu primo amado, Pedro.

Agradeço também a amizade e a parceria das pessoas incríveis que eu conheci em Lisboa e que fizeram desses quinze meses uma experiência inesquecível: Bó, Bia Giatti, Amanda, Bru, Ju Gava, Ju Martins, Bia Barbosa, Anja, Lori, Felix, Antonio, Lisa, Carol, Cat, Gabi, Luisa, Maicon, Pedro, João, Dani, Alvinho, Fi. Foram tantas pessoas e tantos momentos que certamente não conseguirei registrar o nome de todos, mas guardo comigo cada lembrança com muito amor e gratidão.

Agradeço, igualmente, a todos os meus professores, principalmente ao Professor António Pedro Pinto Monteiro, meu orientador neste trabalho, e à Professora Mariana França Gouveia, que ministrou as principais aulas de arbitragem ao longo do mestrado. Por fim, agradeço àqueles que eu considero os meus "primeiros alunos", mas que me ensinam e me motivam todos os dias, meus estagiários queridos, Caio, Rafha e Mateus, e aos meus queridos colegas de trabalho, João Marçal e Nikobin, com quem eu dividi boa parte das dúvidas surgidas durante o tempo em que passei escrevendo a dissertação.

RESUMO

Esta dissertação é um estudo do direito comparado entre Portugal e Brasil e, como tal, tem o intuito de servir de instrumento para tornar o sistema jurídico mais coerente no campo da arbitragem comercial. Neste trabalho, buscaremos compreender de que forma a doutrina e a jurisprudência de cada uma das jurisdições estudadas vêm aplicando a Teoria do Grupo de Empresas para possibilitar, ou não, a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias. Partindo de premissa de que o desenvolvimento da economia e das relações comerciais deve, necessariamente, influenciar na interpretação e aplicação do direito, tentaremos demonstrar que, nos dias atuais, não há mais espaço para pensamentos extremamente conservadores e que não atendam ao real intuito de se adotar a arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios, que é tornar o sistema jurídico mais rápido, seguro e eficaz. Além disso, tentaremos demonstrar que a interpretação restritiva das leis de arbitragem baseada na asserção de que a escolha da arbitragem é uma renúncia ao direito de acesso à justiça, deve, o quanto antes, ser superada. É tempo de compreender que a arbitragem é também uma ferramenta de realização de direitos e acesso à justiça.

Palavras-chave: arbitragem; cláusula compromissória; teoria do grupo de empresas; extensão subjetiva.

ABSTRACT

This master's thesis is a comparative law study based on Portuguese and Brazilian jurisdictions and, consequently, it has the purpose of serving as an instrument to make the commercial arbitration legal system more coherent. In this paper, we will try to understand how the doctrine and case law of both jurisdictions have been applying the Group of Companies Doctrine in order to extend or not the effects of the arbitration clause to non-signatory parties. Assuming that the development of the economy and commercial relations necessarily affect the interpretation and application of law, we will try to demonstrate that, nowadays, there is no more space for extremely conservative thoughts that do not meet the real intention of adopting arbitration as an alternative dispute resolution method, which is to make the legal system faster, safer and more effective. In addition, we will attempt to demonstrate that the restrictive interpretation of arbitration law based on the premise that the choice of arbitration is a waiver of the right of access to justice must, as soon as possible, be overcome. It is time to understand that arbitration is also an instrument of promotion of rights and access to justice.

Keywords: arbitration; arbitration clause; group of companies doctrine; subjective arbitrability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CCB – Código Civil Brasileiro

CCBC – Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CCP – Código Civil Português

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CSC – Código das Sociedades Comerciais

ICC – *International Chamber of Commerce*

Ed. - Edição

Des. – Desembargador(a)

Inc. - Inciso

J. - Julgado

LBSA – Lei Brasileira das Sociedades Anônimas

LAB – Lei de Arbitragem Brasileira

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa

Min. – Ministro(a)

P(P). – Página(s)

Rel. – Relator(a)

SEC – Sentença Estrangeira Contestada

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

Vol. - Volume

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	12
II. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM EM PORTUGAL E NO BRASIL.....	16
i. <i>Portugal</i>	16
ii. <i>Brasil</i>	19
III. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	26
a. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM CONFORME A LEI Nº 63/2011 (LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA)	26
i. <i>Conceito</i>	26
ii. <i>Natureza jurídica</i>	30
b. REQUISITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONFORME A LEI Nº 63/2011 (LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA).....	31
i. <i>Forma escrita</i>	32
ii. <i>Objeto definido</i>	34
iii. <i>Consentimento das partes</i>	35
iv. <i>Requisitos gerais do Código Civil Português</i>	38
c. O CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM CONFORME A LEI Nº 9.307/1996 (LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA)	40
i. <i>Conceito</i>	40
ii. <i>Natureza jurídica</i>	45
d. REQUISITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONFORME A LEI Nº 9.307/1996 (LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA).....	47
i. <i>Capacidade das partes</i>	48
ii. <i>Forma escrita</i>	50
iii. <i>Consentimento</i>	51
IV. A CARACTERIZAÇÃO DOS GRUPOS DE EMPRESAS	56
a. OS GRUPOS DE EMPRESAS COMO UMA REALIDADE ECONÔMICA.....	56
b. O CONCEITO DE GRUPO DE EMPRESAS DE ACORDO COM A DOUTRINA PORTUGUESA	59
c. O CONCEITO DE GRUPO DE EMPRESAS DE ACORDO COM A DOUTRINA BRASILEIRA.....	61
d. OS GRUPOS DE SOCIEDADE DE ACORDO COM O CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS	62
i. <i>Sociedades em relação de simples participação</i>	63

ii. <i>Sociedades em relação de participações recíprocas</i>	63
iii. <i>Sociedades em relações de domínio</i>	64
iv. <i>Sociedades em relações de grupo</i>	64
e. OS GRUPOS DE SOCIEDADES CONFORME A LEI BRASILEIRA DE SOCIEDADES ANÔNIMAS (LEI Nº 6.404/1976)	65
i. <i>Sociedades coligadas</i>	66
ii. <i>Sociedades em relação de controle</i>	67
iii. <i>Consórcio</i>	67
V. A TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS EM ÂMBITO GLOBAL	69
VI. A TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS EM PORTUGAL	73
a. O ENTENDIMENTO DA DOCTRINA	73
b. CASOS PRÁTICOS	77
i. <i>Acórdão STJ nº 3539/08.6TVLSB.LL.S1</i>	77
ii. <i>Acórdão STJ nº 28/14.3TBOHP.C1.S1</i>	80
c. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA	82
VII. A TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO ..	85
a. O ENTENDIMENTO DA DOCTRINA	85
b. CASOS PRÁTICOS	88
i. <i>Acórdão TJSP - Apelação nº 0035404-55.2013.8.26.0100 – GP Partners</i>	89
ii. <i>Acórdão TJSP – Apelação nº 1013502-45.2017.8.26.0114 – Aeroportos Brasil</i>	90
c. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	92
VIII. CONSIDERAÇÕES FINAIS: APLICAÇÃO DA TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS SOB O PONTO DE VISTA DO DIREITO COMPARADO	94
IX. BIBLIOGRAFIA	102

I. INTRODUÇÃO

A escolha de fazer um estudo de direito comparado entre Portugal e Brasil se justifica, para mim, por dois principais motivos: em primeiro lugar, por acreditar que o direito comparado é uma importante fonte de direito, por meio da qual uma jurisdição pode influenciar na evolução de outra e tornar o sistema jurídico, como um todo, mais coerente e efetivo;¹ e, em segundo lugar, porque vivi em ambos os países e pude perceber com clareza semelhanças e diferenças relevantes entre eles, seja no aspecto cultural e comportamental, seja nas questões políticas, econômicas e, principalmente, na aplicação do direito.

Sendo advogada formada e atuante no Brasil e mestranda em direito forense e arbitragem pela Universidade Nova de Lisboa, notei que, muito embora sejam duas jurisdições de direito romano-germânico (*Civil Law*), exista uma aproximação grande entre as normas materiais e processuais civis de ambas e, também, de arbitragem, nem sempre isso é refletido pelos respectivos Tribunais no momento da interpretação e aplicação da lei.

Essa constatação de que a jurisprudência de Portugal e do Brasil sobre questões similares estava, até então, em sentidos distintos, fez-me questionar se as outras diferenças entre os países – notadamente questões culturais, políticas e econômicas – poderiam ou não ter alguma interferência nesse tema.

Para além disso, surpreendeu-me muito o fato de que há influências recíprocas entre ambos os países e não apenas uma influência de Portugal sobre o Brasil, como seria mais factível de ocorrer por questões históricas.

Com o aprofundamento das pesquisas sobre a doutrina do grupo de empresas, um dos temas centrais deste trabalho, eu pude concluir que a Lei das Sociedades Anônimas no Brasil (LBSA) teve grande influência na edição do Código das Sociedades Comerciais em Portugal (CSC), o que, confesso, foi uma constatação inesperada.

¹ Sobre a importância do direito comparado, veja-se, particularmente, ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE / CARVALHO, JORGE MORAIS, *Introdução ao Direito Comparado*, 3ª ed. (reimpressão), Coimbra: Almedina, 2018.

Explico: embora declaradamente inspirado na lei alemã,² a exposição de motivos do CSC menciona expressamente a legislação de países estrangeiros que até então regulamentavam os grupos de empresas, o que me fez concluir que a LBSA, uma das pioneiras na matéria e uma das únicas então vigentes, certamente influenciou na regulamentação deste tema, pela primeira vez, em Portugal.

Por outro lado, em meio a muita pesquisa, verifiquei a influência de Portugal no que se refere ao uso da arbitragem no direito comercial brasileiro, eis que o Código Comercial Brasileiro de 1850 foi uma das primeiras normas no Brasil³ a preverem expressamente a constituição de um tribunal arbitral para dirimir litígios.

O Código Comercial Brasileiro de 1850, conhecido originalmente como "*Código Commercial do Império do Brasil*", foi criado durante o reinado de Dom Pedro II no Brasil (1831 a 1889) e previa, em seu art. 294, que "[t]odas as questões sociaes que se suscitarem entre socios durante a existencia da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em Juízo arbitral."⁴

Indo além, embora a Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (LAV) seja muito anterior à Lei de Arbitragem Brasileira (LAB), são poucas as diferenças relevantes entre elas. Ora, se as normas são semelhantes e há uma notável e recíproca influência entre as jurisdições portuguesa e brasileira, por qual motivo ambos possuem jurisprudência distinta sobre questões que, na lei, são disciplinadas de forma similar?

Para responder a essa pergunta, entendo que é preciso se distanciar um pouco do texto cru da lei, passando pela *ratio* das normas analisadas e, indo além, pelo contexto

² Exposição de motivos do CSC: "33. Dada a importância de que revestem as associações entre empresas em forma de sociedade, regulam-se no título VI as sociedades coligadas, as quais são divididas em sociedades de simples participação, sociedades em relação de participações recíprocas, sociedades em relação de domínio e sociedades em relação de grupo. **Trata-se de realidades que o direito não pode ignorar, como, de resto, o mostram as legislações e projectos estrangeiros mais recentes, com particular relevo a lei alemã das sociedades por acções. É a primeira vez que esta matéria é regulamentada em Portugal.**" (grifou-se e destacou-se)

³ A primeira norma a prever a arbitragem no Brasil foi a *Constituição Política do Império do Brazil de 1824*, a qual dispunha, em seu art. 160, que "[n]as civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes." <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 11.05.19.

⁴ <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>

econômico e cultural vivido atualmente por cada país que, sem sombra de dúvidas, exerce grande influência na interpretação e aplicação das normas como um todo.

No que diz respeito às leis que disciplinam a arbitragem, o contexto econômico exerce influência ainda maior, notadamente porque, em que pese a sua utilização desde a Idade Média, a arbitragem como conhecemos hoje é fruto da globalização e do desenvolvimento das relações comerciais, atualmente muito mais rápidas e complexas do que na antiguidade.

Com efeito, a utilização cada vez maior do recurso à via arbitral tem como consequência o aprofundamento de questões relativas à interpretação das convenções arbitrais que são, na sua essência, a fonte do poder-dever das partes de submeterem a resolução de determinado litígio à apreciação de um Tribunal Arbitral – exceção feita, naturalmente, aos casos de arbitragem obrigatória.

Necessário que se faça, então, uma ressalva quanto ao objeto específico desta dissertação: embora sejam muitas as teorias que justificam a extensão dos efeitos da cláusula compromissória, espécie do gênero convenção de arbitragem, a terceiros não signatários, este trabalho limitar-se-á, na medida do possível, à análise da aplicação da Teoria do Grupo de Empresas em Portugal e no Brasil.

Discute-se na doutrina se o termo "terceiro" seria o mais adequado, tendo em vista que, especificamente no caso da Teoria do Grupo de Empresas, trata-se de um terceiro aparente. Contudo, não nos ateremos, aqui, a essa discussão terminológica, eis que desvinculada do conteúdo principal da dissertação. Para o que importa neste trabalho, o "terceiro" será sempre aquele que não subscreveu a cláusula compromissória, o qual difere do terceiro no sentido processual da "intervenção de terceiros" (art. 36º da LAV).

Vale destacar ainda que, embora a Doutrina do *Alter Ego* – também conhecida como *Piercing The Corporate Veil Doctrine* –, aplicada para justificar a extensão dos efeitos da cláusula compromissória mediante a desconsideração da personalidade jurídica de determinada empresa seja, não raras as vezes, tratada como se fosse correlata à Teoria do Grupo de Empresas, neste trabalho nos limitaremos a tratar desta última.

Antes de expormos, então, o entendimento de cada país sobre a referida teoria, faremos uma breve introdução sobre o instituto da arbitragem em Portugal e no Brasil a

partir da metade do século XIX, seguida da análise das espécies e requisitos das convenções de arbitragem previstas pela LAV e pela LAB. Depois, veremos quais os tipos de agrupamentos societários previstos por cada legislação e, por fim, veremos como é a recepção da Teoria do Grupo de Empresas em cada uma das jurisdições estudadas.

Ao longo da dissertação, apontaremos as semelhanças e diferenças relevantes entre as normas de cada país. Na conclusão, com base em toda a pesquisa realizada, tentaremos identificar os motivos pelos quais a Teoria do Grupo de Empresas é aplicada de forma distinta pelos tribunais portugueses e brasileiros e faremos uma análise crítica a respeito.

É o que se passa a expor.

II. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM EM PORTUGAL E NO BRASIL

Embora as primeiras referências à arbitragem remontem à Idade Média, neste capítulo nos limitaremos a tratar do instituto da arbitragem como ele é conhecido hoje e como foi a sua introdução nos países estudados.

i. Portugal

Em Portugal, a primeira norma a tratar diretamente do instituto da arbitragem (como o conhecemos hoje) foi o Código de Processo Civil de 1876 – que foi também a primeira consolidação de leis em matéria de direito processual civil em Portugal –, fruto da Novíssima Reforma Judiciária de 1841,⁵ cujo art. 44º estabelecia que "[a] *todas as pessoas, que podérem livremente dispor dos seus bens, é permitido fazer decidir por um ou mais arbitros da sua escolha as questões sobre que possa transigir-se, ainda que já estejam affectas aos tribunaes ordinarios.*"

O Código de Processo Civil de 1876 continha uma seção específica que regulamentava o "*Juíço Arbitral*", com 15 artigos, e já atribuía às decisões arbitrais a mesma força executiva das decisões judiciais.⁶

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1939 dedicou o seu Livro IV inteiramente ao procedimento arbitral,⁷ já prevendo a existência da arbitragem voluntária (arts. 1561º a 1576º) e da arbitragem necessária (arts. 1577º a 1580º), esta última que, como se sabe, é prescrita por lei especial.

Note-se que o diploma processual de 1939, diferentemente do anterior, distinguiu o compromisso arbitral (arts. 1561º a 1564º) da cláusula compromissória (art. 1565º), mas não excluiu a necessidade de celebração do compromisso arbitral mesmo nos casos em que existia cláusula compromissória expressa. Nos termos do art. 1563º, o compromisso arbitral necessitava ser reduzido a escrito, assinado pelos interessados e deveria

⁵ MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *A influência do Direito Processual Civil Alemão em Portugal e no Brasil*, in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 9, 1990.

<[http://www.idclb.com.br/revistas/09/revista9%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/09/revista9%20(7).pdf)> Acesso em 21.04.19.

⁶ "Art. 54.º As decisões dos arbitros são exequíveis como as sentenças das justiças ordinarias."

⁷ <<https://dre.pt/application/conteudo/198132>> Acesso em 21.04.19.

individualizar, com toda precisão, o objeto do litígio e os árbitros (ou árbitro) designados pelas partes.⁸

Para os casos em que, havendo cláusula compromissória, uma das partes se recusasse a firmar o compromisso arbitral, o art. 1565º estabelecia a possibilidade de a parte requerer ao tribunal da comarca do domicílio da parte requerida a notificação para comparecimento em juízo a fim de celebrar o compromisso arbitral.⁹

Disposição semelhante é a contida no art. 7º da LAB, atualmente vigente, segundo o qual "[e]xistindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim."

Em 1961, promulgou-se um novo diploma processual civil, o qual manteve praticamente intactas as disposições do anterior no que se refere ao procedimento arbitral.

A crítica feita pela doutrina aos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961 é a de que não houve, àquela altura, uma desvinculação real do Juízo Arbitral com relação ao Poder Judiciário, o que, segundo entende MANUEL PEREIRA BARROCAS, foi uma das causas do insucesso da arbitragem à época.¹⁰

⁸ "Art. 1563.º O compromisso arbitral tem de ser feito por escrito, assinado pelos interessados; e há de individualizar, com toda precisão, sob pena de nulidade: 1.º O litígio a decidir; 2.º O árbitro ou árbitros a quem é cometida a decisão."

⁹ "Art. 1565.º É também válida a cláusula pela qual devam ser decididas por árbitros questões que venham a suscitar-se entre as partes, contanto que se especifique o acto jurídico de que as questões possam emergir.

Estipulada a cláusula compromissória, se surgir alguma questão abrangida por ela e uma das partes se mostrar remissa a celebrar o compromisso, pode a outra parte requerer ao tribunal da comarca do domicílio daquela que a manda notificar para comparecimento perante êle, em dia e hora designados, a fim de se comprometer em árbitros.

Se o notificado faltar ou se recusar a nomear árbitro, será a nomeação feita pelo juiz, que nomeará, além disso, um terceiro árbitro. Se as partes não chegarem a acôrdo quanto à nomeação, cada uma delas nomeará o seu árbitro e o juiz nomeará o terceiro.

Lavrar-se-á auto em que se mencionarão os nomes dos árbitros e se fixará com precisão o objecto do litígio segundo o acôrdo das partes e, na falta de acôrdo, segundo a resolução do juiz. Desta resolução cabe recurso."

¹⁰ BARROCAS, MANUEL PEREIRA. *Necessidade de uma nova ordem judicial: a arbitragem*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 45, Vol. II, setembro de 1985. <<https://portal.oa.pt/upl/%7B20a5cd31-9dd6-4738-a43e-767c200957f2%7D.pdf>> Acesso em 21.04.19.

Como exemplo da vinculação entre juízo arbitral e estadual, cite-se que era necessário que o juiz da comarca deferisse aos árbitros um juramento para que eles pudessem exercer a sua função.¹¹

Mais de duas décadas depois, entrou em vigor o Decreto Lei nº 243/84, o qual, nos termos da sua exposição de motivos, tinha o intuito de expandir o uso da arbitragem em Portugal e ressaltava a importância da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios. Interessante é também o reconhecimento feito na referida norma de que a arbitragem possui, a um só tempo, caráter contratual e jurisdicional.¹²

No entanto, dois anos após a entrada em vigor do referido Decreto, foi requerida pelo Presidente da Assembleia da República e pelo Provedor de Justiça a declaração de inconstitucionalidade da norma, a qual foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 230/86.¹³

A declaração de inconstitucionalidade teve como fundamento a incompetência legislativa do Governo para editar normas referentes à organização e competência dos tribunais sem autorização parlamentar, mas não implicou em grande prejuízo já que, no mesmo ano, entrou em vigor a Lei de Arbitragem Voluntária (Lei nº 31/86) decretada pela Assembleia da República.

Àquela altura, já estava em vigor a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) de 1985, a qual veio a servir de base para a edição, 25 anos depois, da Nova Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), Lei nº 63/2011, vigente até os dias atuais.

Quando, em 2011, foi editada em Portugal a LAV,¹⁴ aproximadamente 60 países já haviam adotado a Lei-Modelo da UNCITRAL, que sofreu alterações em 2006. Como referido pela própria UNCITRAL, *"a implementação de uma lei modelo sobre arbitragem aceitável*

¹¹ "O juiz da comarca em que se instalar o tribunal arbitral deferirá aos árbitros o juramento de exercerem conscientemente as suas funções." (Art. 1570º do CPC 1939 e Art. 1518º do CPC de 1961)

¹² <<https://dre.pt/application/conteudo/385817>> Acesso em 21.04.19.

¹³ <<https://dre.pt/application/conteudo/221998>> Acesso em 21.04.19.

¹⁴ Neste trabalho, sempre que nos referirmos à LAV, estaremos nos referindo à Lei nº 63/2011.

*por Estados com sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes, contribui para um desenvolvimento harmonioso das relações econômicas internacionais [...]."*¹⁵

Inegável, portanto, que a adoção da Lei-Modelo por Portugal consubstanciou um significativo avanço do país em termos de valorização do instituto da arbitragem e de afirmação deste como meio alternativo de resolução de litígios domésticos e transnacionais, com inegável conexão com a evolução das relações econômicas.

Como se verá, se um dos intuitos da edição de uma Lei-Modelo é criar uma uniformidade de normas referentes à arbitragem em âmbito mundial, há que se concluir que tal objetivo será cada vez mais e melhor alcançado na medida em que a jurisprudência mundial, em termos de interpretação e aplicação das referidas normas, for mais e mais coerente.

ii. *Brasil*

Como visto no capítulo introdutório, a primeira menção legislativa à arbitragem no Brasil remonta ao início do século XIX, período posterior à independência do Brasil, mas em que o país ainda estava sob ampla influência de Portugal.

As primeiras normas a preverem a arbitragem como método de resolução de litígios foram: a Lei de 26 de Julho de 1831, relativa aos contratos de seguro; a Lei nº 108 da 11 de Outubro de 1837, respeitante aos contratos de locação de serviços; e o já mencionado Código Comercial de 1850.

No entanto, sabe-se que o instituto da arbitragem, como o conhecemos hoje, é resultado de diversas modificações e de um processo demorado de valorização e consagração do instituto como método de resolução de litígios.

No Brasil, a partir da edição do Código Civil de 1916 a arbitragem passou a ganhar forma e a ser regulada de maneira mais eficiente. Contudo, foi somente a partir de 2001, com o julgamento de um pedido de homologação de Sentença Estrangeira no Supremo

¹⁵

<http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf>

Tribunal Federal,¹⁶ que a arbitragem começou a ser nacionalmente valorizada e considerada constitucional. Ou seja, há menos de 20 anos.

Nos termos do art. 1.037 do Código Civil de 1916, "[a]s *personas capaces de contratar* poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as *pendências judiciais, ou extrajudiciais*." O compromisso poderia ser judicial ou extrajudicial, este último firmado mediante "*escrito público ou particular, assinado pelas partes e por duas testemunhas*."

Essas disposições, pode-se dizer, são os primeiros indicativos da caracterização da convenção de arbitragem – antes tratada somente como compromisso arbitral – como negócio jurídico, eis que, assim como determinados atos jurídicos formais,¹⁷ como, por exemplo, o casamento e o testamento, deveria ser celebrado por pessoas capazes e constar de documento assinado pelas partes e por duas testemunhas.¹⁸

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1939 regulamentou a instauração do Juízo Arbitral, o qual poderia ser instituído antes ou durante o processo judicial, mas necessariamente antes de uma decisão judicial, em qualquer instância.¹⁹

Para a instauração do Juízo Arbitral era necessária a celebração do compromisso arbitral, aplicando-se, assim, as disposições do Código Civil de 1916 a esse respeito. Além disso, a sentença arbitral, para ser válida, dependia da homologação pelo juiz competente para julgamento da causa.²⁰

Em seguida, foi editado o Código de Processo Civil de 1973, que importou do Código Civil de 1916 as disposições relativas ao compromisso arbitral e manteve a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo juízo competente para julgamento da causa.

¹⁶ Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7.

¹⁷ O Código Civil de 1916 não previa a figura do negócio jurídico, mas apenas do ato jurídico.

¹⁸ "Art. 1.072 As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação."

¹⁹ "Art. 1.035. Celebrado o compromisso na pendência da lide, os autos serão entregues aos árbitros, mediante recibo e independentemente de traslado. Parágrafo único. Não se admitirá juízo arbitral depois de proferida a decisão em qualquer instância."

²⁰ "Art. 1.041. A execução da sentença arbitral dependerá de homologação.

Art. 1.042. Será competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que, originariamente, competir o julgamento da causa."

As suas disposições vigoraram até o final de 1996, ano em que foi publicada a LAB, também conhecida como Lei Marco Maciel – em homenagem ao ex-Senador Marco Antônio de Oliveira Maciel, Relator do Projeto de Lei do Senado nº 78/92 que deu origem à norma.

A LAB foi resultado da chamada Operação *Arbiter*, encabeçada pelo advogado pernambucano Petrônio Muniz. O importante trabalho em equipe desenvolvido por Petrônio Muniz e outros estudiosos da arbitragem se deu não apenas na redação do texto legal, mas também para que houvesse aprovação do anteprojeto no Congresso Nacional.²¹ Àquela altura, três anteprojetos já haviam sido redigidos e arquivados sem aprovação.

Ressalte-se que, em que pese a estipulação extrajudicial da arbitragem ser admitida desde o Código Civil de 1916, somente com a edição da LAB foi descartada por completo a necessidade de celebração de um compromisso arbitral para dar efetividade à cláusula compromissória e, ainda, excluída a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral. Tais alterações foram um importante passo para que o instituto passasse a ser respeitado e utilizado de forma efetiva, especialmente no campo do direito comercial.

A regulação da matéria por Lei Federal específica, desvinculada em grande parte do diploma processual civil, deu à arbitragem a característica de um processo à parte, que poderia, inclusive, ser regido e decidido de acordo com normas estabelecidas exclusivamente a critério das partes, desde que, obviamente, em respeito aos bons costumes e à ordem pública.

Esse ar independente assumido pela arbitragem foi de grande valia para que o Brasil passasse a ser mais respeitado por investidores estrangeiros que, muitas vezes, deixavam de aportar recursos no país em razão da ineficiência e demora do Poder Judiciário.

Não se pode negar, contudo, que, mesmo com a publicação da LAB em 1996, houve grande resistência interna em se aceitar, na prática, a arbitragem como um método válido e legal de resolução de litígios.

²¹ LEMES, SELMA MARIA FERREIRA. *Petrônio R.G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira*, in Revista de Arbitragem e Mediação - RArb. 51, Editora Revista dos Tribunais, out./dez. 2016, pp. 19/22.

Com efeito, um ano antes da publicação da referida norma foi requerida ao Supremo Tribunal Federal, pela empresa suíça *MBV Commercial and Export Management Establishment*, a homologação de sentença arbitral proferida na Espanha contra a empresa brasileira *Resil Indústria e Comércio Ltda.* Até então, como se viu, o ordenamento jurídico brasileiro determinava que a sentença arbitral deveria ser homologada para que fosse considerada um título executivo, ainda que proferida no Brasil.

A sentença estrangeira cuja homologação foi requerida, contudo, não havia sido objeto de homologação judicial, até porque a lei espanhola não possuía tal exigência. Assim, em decisão monocrática proferida em 06.12.95, de lavra do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, foi negado o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Interessante notar que a própria empresa brasileira, parte requerida no pedido de homologação de sentença estrangeira, não se manifestou contrária ao pleito da empresa suíça e ainda assim o Ministro Relator indeferiu monocraticamente o pedido.

A empresa suíça interpôs, então, ainda no ano de 1995, agravo regimental²² contra a decisão do Relator. No entanto, poucos meses depois, foi publicada a LAB, a qual, como vimos, afastou a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral.

O agravo regimental foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual, por unanimidade, deferiu a homologação da sentença arbitral estrangeira. Além da questão específica da possibilidade de homologação da sentença arbitral proferida na Espanha, o Plenário apreciou também a constitucionalidade da – então recentemente publicada – LAB, especialmente das suas alterações mais relevantes.

Embora todos os onze Ministros tenham considerado constitucional o art. 31 da LAB, o qual determina que "[a] sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo", quatro Ministros entenderam serem inconstitucionais os dispositivos que permitiam a execução específica da cláusula compromissória, os quais, no entanto, estão vigentes até os dias de hoje.

²² O art. 223 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal então vigente admitia expressamente a interposição de agravo regimental contra a decisão monocrática que indefere ou nega a homologação de sentença estrangeira.

Note-se que, se naquela oportunidade a maioria dos Ministros tivesse entendido pela inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da LAB,²³ não estaríamos hoje tratando de uma das diversas teorias que possibilitam a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias.

Isto é, a obrigatoriedade de as partes firmarem compromisso arbitral, ainda que tivessem celebrado anteriormente uma cláusula compromissória, afastaria todas as teorias que possibilitam a extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória, já que somente poderiam ser obrigadas a se submeter ao Juízo Arbitral as partes signatárias do compromisso arbitral.

Não sendo esse o caso, cumpre pontuar apenas que os Ministros que eram contrários à execução específica da cláusula compromissória pautaram o seu entendimento no fato de que a vontade das partes manifestada por meio de cláusula compromissória, por se referir a litígios futuros e eventuais, seria genérica e não poderia, por isso, implicar em renúncia ao direito de acesso à justiça.

Por outro lado, a maioria dos Ministros, que entendeu pela constitucionalidade das referidas normas, pontuou que não há renúncia genérica ao acesso à jurisdição, mas sim uma escolha feita pelas partes de que eventuais litígios relacionados a um contrato específico sejam submetidos à arbitragem.

Ressalto, a esse respeito, trecho do voto do Ministro NELSON JOBIM, no sentido de que a LAB pode ser entendida como uma *"tentativa de começar a valorizar eficazmente os sistemas extralegais de composição de conflitos para dar maior eficácia ao próprio sistema legal, já que não podemos entendê-lo no que diz respeito às suas medidas de eficácia, restrito exclusivamente à justiça formal, que era a nossa tradição."*²⁴

²³ "Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim."

²⁴ <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>> p. 1.017.

Nesse contexto, o julgamento de constitucionalidade da LAB, concluído cinco anos após a sua publicação, foi fundamental para o impulso da arbitragem no Brasil.

Algum tempo após o referido julgamento, foi publicada a Súmula Anotada nº 485 do Superior Tribunal de Justiça, a qual determina que "[a] *Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição.*"

Desde então, além do notável crescimento no número de procedimentos arbitrais iniciados perante os principais centros de arbitragens brasileiros,²⁵ aumentou também o número de especialistas na matéria. Consequentemente, a arbitragem ganhou visibilidade não só pelas grandes empresas, que passaram a optar pela inclusão da cláusula compromissória em contratos de grande vulto, mas também pelas universidades que, paulatinamente, passaram a incluir o estudo da LAB nas grades curriculares do bacharelado e da pós-graduação.

Em 2015, o Brasil deu mais um importante passo nessa jornada, com a publicação da Lei nº 13.129/2015, chamada por muitos de Nova Lei de Arbitragem, a qual, contudo, apenas alterou algumas disposições específicas da LAB.

As principais mudanças da nova lei foram: (i) a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta (arts. 1º, §§1º e 2º); (ii) a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em estatuto social de sociedade empresária, a qual, desde que respeitado quórum específico de aprovação, obriga a todos os acionistas, inclusive os que com ela não pactuaram de forma expressa; (iii) a possibilidade de o Juízo Arbitral requerer auxílio do órgão judicial para executar decisões arbitrais que demandem utilização do poder coercitivo, exclusivo do Poder Judiciário (art. 22-C); (iv) a possibilidade de os árbitros proferirem sentenças parciais (art. 23, §1º); e (v) a possibilidade de o Poder Judiciário conceder tutelas cautelares e de urgência antes da instauração da arbitragem (arts. 22-A e 22-B).

²⁵ Apenas para se ter uma ideia do aumento expressivo no número de arbitragens, destaque-se que, entre 1989 e 2011, o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, o primeiro centro brasileiro de arbitragem e atualmente um dos maiores e mais importantes em âmbito nacional, registrou 16 procedimentos iniciados. Somente em 2002 foram iniciados 10 procedimentos e em 2006 esse número subiu para 21 procedimentos. Em 2017, foram iniciados mais de 140 procedimentos arbitrais. <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>> Acesso em 13.05.19.

Vê-se, portanto, que a tendência brasileira é que, cada vez mais, a arbitragem seja utilizada como meio alternativo de resolução de litígios.

III. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O estudo acerca da possibilidade de se estender os efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários, em qualquer de suas teorias, deve, necessariamente, passar por uma análise objetiva da norma em si. Afinal, sem que se entendam o conceito e a natureza jurídica da convenção de arbitragem (*gênero*), qualquer teoria sobre a extensão dos efeitos da cláusula compromissória (*espécie*) não pode ser perfeitamente compreendida.

Da mesma forma, relevante se faz perceber quais os requisitos legais para que uma cláusula compromissória seja considerada válida e, portanto, capaz de produzir efeitos entre as partes.

Neste capítulo, analisaremos o conceito, a natureza jurídica e os requisitos da convenção de arbitragem de acordo com ambos os sistemas jurídicos estudados neste trabalho.

a. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM CONFORME A LEI Nº 63/2011 (LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA)

i. *Conceito*

Muito embora a LAV não traga em seu texto o conceito expresso do que pode ser entendido por convenção de arbitragem, extrai-se com clareza da leitura do seu art. 1º que se trata, essencialmente, de um acordo entre partes de submeter determinados litígios à arbitragem.²⁶

²⁶ "Artigo 1.º Convenção de arbitragem 1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido. 3 - A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória). 4 - As partes podem acordar em submeter a arbitragem, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias. 5 - O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em

A Lei-Modelo UNCITRAL, a qual, como se viu, serviu de inspiração para a LAV, define a convenção de arbitragem como *"o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extra-contratual. Um acordo de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de um compromisso arbitral."*

No que diz respeito à natureza dos litígios que podem ser submetidos à arbitragem, a LAV delimita que pode ser objeto da convenção de arbitragem *"qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial"* (art. 1º, nº1, da LAV) desde que não sujeito por lei especial à jurisdição exclusiva dos tribunais portugueses ou à arbitragem necessária e, ainda, litígios de natureza não patrimonial *"desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido"* (art. 1º, nº2, da LAV).

Nesse sentido, não podem ser objeto da convenção de arbitragem os chamados direitos indisponíveis, no qual a intervenção do Estado é obrigatória,²⁷ a não ser aqueles de natureza exclusivamente patrimonial.²⁸

Quando à natureza patrimonial do direito, na ausência de uma definição mais precisa pela LAV, deve-se entender como sendo o direito sobre o qual é possível aferir algum valor, uma avaliação pecuniária, o qual está, em regra, relacionado a matérias de direito civil e comercial, embora a LAV não contenha essa ressalva específica.

Os direitos indisponíveis, por sua vez, são aqueles sobre os quais as partes não podem dispor, como, por exemplo, os direitos de personalidade, sucessão, família e alimentos.

Ainda sobre a natureza do direito, vale ressaltar que o art. 2º, nº4, da LAV, autoriza inclusive a existência de cláusula compromissória em contratos de adesão, geralmente presentes nas relações de consumo, ao dispor que *"[s]em prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que*

que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado." <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis>

²⁷ ARAGÃO, ERGAS DIRCEU MONIZ DE. *Tutela dos Direitos no Código Civil Português*, in Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná, 1969, p. 128. <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7155/5106>> Acesso em 21.04.19.

²⁸ VICENTE, DÁRIO MOURA. *Lei de Arbitragem Voluntária: anotada*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 16.

contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo."

Com efeito, em acórdão de relatoria do Conselheiro JOÃO BERNARDO, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu que "*não é pelo facto de o contrato se tratar de um contrato de adesão que as cláusulas nele contidas são nulas.*"²⁹

Em Portugal, ao contrário do que ocorre no Brasil, é bastante comum a utilização da arbitragem para dirimir conflitos advindos das relações de consumo, os quais são submetidos aos chamados Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, que estão presentes nas principais regiões do país, como Lisboa, Coimbra, Porto, Algarve e Madeira.³⁰

A lei portuguesa também prevê a possibilidade de o "*Estado e outras pessoas colectivas de direito público*" celebrarem a convenção de arbitragem desde que autorizados por lei específica (art. 1º, nº5, da LAV), donde se extrai que não apenas os particulares podem estar envolvidos em litígios de natureza patrimonial disponível ou indisponível e transacionável, mas também os entes de direito público.

Quanto às espécies de convenção de arbitragem, a LAV prevê apenas dois tipos, os quais se diferenciam eminentemente em razão da atualidade ou eventualidade do litígio. Com relação a litígios já existentes, a modalidade prevista é o compromisso arbitral, enquanto que, no que diz respeito a litígios eventuais, a modalidade prevista é a cláusula compromissória.³¹

Nesse aspecto, a lei portuguesa difere, por exemplo, da Convenção de Nova Iorque³² e da Convenção de Genebra sobre a Arbitragem Comercial e Internacional de

²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 28.05.15, nos autos do Recurso de Revista nº 2040/13.0TVLSB.L1.S1, Conselheiro Relator JOÃO BERNARDO. <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f6ab575db4ad288280257e5300578c01?OpenDocument&Highlight=0,cl%C3%A1usula,compromiss%C3%B3ria,contrato,de,ades%C3%A3o,consumidor>> Acesso em 19.05.19.

³⁰ <<https://www.consumidor.gov.pt/informacao-ao-consumidor2/-conflitos-de-consumo.aspx>> Acesso em 19.05.19.

³¹ VICENTE, DÁRIO MOURA. *Lei de Arbitragem Voluntária: anotada*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 16.

³² Art. II, nº2 da Convenção de Nova Iorque: "*2 – Entende-se por «convenção escrita» uma cláusula compromissória inserida num contrato, ou num compromisso, assinado pelas Partes ou inserido numa troca de cartas ou telegramas.*"

1961,³³ as quais utilizam como critério de diferenciação o fato de a convenção estar ou não inserida em um contrato.

A lei brasileira, como se verá, parece adotar ambos os critérios, já que parte do pressuposto de que a cláusula compromissória estará sempre inserida em um contrato (art. 8º da LAB) e define que o compromisso arbitral pode ser celebrado judicial ou extrajudicialmente, referindo-se, em qualquer dos casos, a um litígio já existente (art. 9º da LAB).

Não há, contudo, de acordo com a lei portuguesa, qualquer impedimento à aplicação da cláusula compromissória a litígios que tenham como fundamento fatos ocorridos antes da sua celebração. Imagine-se, por exemplo, uma situação em que cláusula compromissória esteja inserida em um contrato e, no decorrer do contrato, uma das partes afirme que tal contrato é nulo em razão da existência de um vício de vontade de sua parte.

Nesse caso, a cláusula compromissória – autônoma em relação ao contrato alegadamente nulo – deverá ser observada pelas partes e o litígio respeitante à nulidade do contrato deverá ser dirimido pela via arbitral.

Em termos objetivos, os efeitos de ambas as modalidades são os mesmos e elas são independentes entre si.

Atualmente, já foi também superada a discussão de que o compromisso arbitral seria a convenção definitiva e que a cláusula compromissória, para produzir efeitos, dependeria da posterior celebração do compromisso arbitral.

Neste trabalho, trataremos exclusivamente da extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias, excluindo-se, portanto, eventual extensão dos efeitos de um compromisso arbitral, o que se justifica na medida em que, com relação ao litígio eventual, nem sempre é possível prever quais partes estarão necessariamente envolvidas em uma futura disputa.

³³ "(2) For the purpose of this Convention, (a) the term "arbitration agreement" shall mean either an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, the contract or arbitration agreement being signed by the parties, or contained in an exchange of letters, telegrams, or in a communication by teleprinter and, in relations between States whose laws do not require that an arbitration agreement be made in writing, any arbitration agreement concluded in the form authorized by these laws."

ii. *Natureza jurídica*

A natureza jurídica da convenção de arbitragem não desperta, atualmente, uma divergência doutrinária relevante, de forma que grande parte dos autores a classificam como um negócio jurídico, tendo em vista a sua origem eminentemente contratual.³⁴

Citando acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.01.00, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA define a arbitragem voluntária como "*contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função*".³⁵

Especificamente quanto à sua natureza jurídica, o autor esclarece que "[a]s convenções de arbitragem têm natureza de negócios jurídicos bilaterais, portanto contratos, quer estejam inseridas, como cláusulas compromissórias, em contratos de conteúdo mais amplo, quer sejam estipuladas de modo autónomo, como geralmente sucede com os compromissos arbitrais".³⁶

De fato, é a autonomia das partes que justifica e legitima o Tribunal Arbitral a resolver determinado litígio,³⁷ sendo impensável que se obrigue alguém a se submeter à jurisdição arbitral se com ela não consentiu.

Como se verá mais adiante, o elemento essencial que deve ser analisado a fim de que se conclua pela possibilidade ou não de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros é o consentimento, a vontade da parte à qual se deseja atribuir os efeitos da cláusula compromissória.

Por fim, deve-se ter atenção ao fato de que a cláusula compromissória não é uma mera convenção de foro, já que, enquanto esta última apenas atribui competência a um

³⁴ Em sentido contrário, CARNELUTTI defendia que "*com o contrato as partes regulam o seu conflito de interesses, assinalando um ponto de equilíbrio, no qual o conflito se compõe; ao abrigo da cláusula compromissória, não estão em causa dois interesses opostos das partes, os quais encontram na mesma o respectivo equilíbrio, mas ao invés um interesse idêntico de ambas, destinado a encontrar a melhor jurisdição para a decisão de determinado litígio*." (CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cláusula compromissória e competência degli arbitri*, in: Rivista di Diritto Commerciale, 1921, II, p. 339 e ss. apud BORGES, CARLA GONÇALVES. *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano VII, nº 13, Themis, Lisboa, 2006, p. 111.

³⁵ ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE. *Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos*, in: I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa: Centro de Arbitragem Comercial: intervenções/[organização do] Centro de Arbitragem Comercial, [e da] Associação Comercial de Lisboa. - Coimbra: Almedina, 2008, p. 82.

³⁶ Op. Cit., p. 83.

³⁷ Op. Cit., p. 110.

Tribunal Judicial específico, já existente, aquela tem o poder de "criar" um Tribunal Arbitral que se dedicará exclusivamente à solução de um determinado litígio.³⁸

b. REQUISITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONFORME A LEI Nº 63/2011 (LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA)

Assim como a grande maioria das legislações em âmbito mundial sobre arbitragem, a LAV não estipula requisitos muito específicos, tais como local da arbitragem, lei aplicável e número de árbitros, para que se repete válida a cláusula compromissória.

Fato é que, muito embora essa flexibilidade no que tange aos requisitos da cláusula compromissória, que é um reflexo da autonomia da vontade das partes, seja, em alguns casos, benéfica, é ela também a fonte de diversos problemas relacionados à sua aplicação prática, notadamente quando se trata de arbitragens complexas ou quando as partes residem em jurisdições distintas.

Por estar geralmente inserta em um contrato e ser uma das últimas cláusulas a ser negociada, a cláusula compromissória acaba não recebendo a atenção devida pelas partes, o que a faz ser apelidada de "*midnight clause*".³⁹

A melhor forma de evitar problemas de ordem prática é, pois, o cuidado no momento da redação da cláusula, de forma que as partes estabeleçam, com atenção, os elementos facultativos sem, contudo, restringirem excessivamente o seu alcance (*i.e.*, indicando árbitro com qualificações muito específicas).

Outra forma de evitar grandes problemas relacionados à aplicação da cláusula compromissória é a adoção de uma arbitragem institucionalizada, pois nesse caso será aplicado o regulamento de determinado Centro de Arbitragem, o qual, muito provavelmente, disporá sobre a forma de constituição do Tribunal Arbitral, regras em caso de impedimento ou suspeição, soluções para o caso de arbitragem multipartes etc.

³⁸ VENTURA, RAUL. *Convenção de Arbitragem*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Vol. II, setembro de 1986, p. 302. <<https://portal.oa.pt/upl/%7B1fb76b36-575c-4576-8102-6b41e874c208%7D.pdf>> Acesso em 21.04.19.

³⁹ REDFERN ALAN and HUNTER MARTIN, *Redfern & Hunter on International Arbitration 6th ed.*, OUP, 2015, pp. 1.141/1.156.

Como se verá, embora a LAV seja branda no que tange aos requisitos mínimos de validade da cláusula compromissória, é da interpretação da *ratio* de tais requisitos que surgem as teorias sob a possibilidade de extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória.

i. *Forma escrita*

Assim como ocorre com relação a outros negócios jurídicos, a cláusula compromissória, para ser válida, deve respeitar alguns requisitos de caráter formal e material.

O requisito formal da convenção de arbitragem, que se aplica a ambas as espécies, é a forma escrita, a qual está prevista no art. 2º, nº1, da LAV.

A forma escrita enseja ainda alguma discussão doutrinária, tendo a LAV tentado prever todas as situações na qual se considerará atendido tal requisito, a saber: constar a convenção de arbitragem "*de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação*" (art. 2º, nº2, da LAV) ou "*de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação*" (art. 2º, nº3, da LAV); valendo como convenção de arbitragem, ainda, "*a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo*" (art. 2º, nº4, da LAV).

Sobre o tema, LUÍS DE LIMA PINHEIRO entende que "*à semelhança do que ocorre na Convenção de Nova Iorque, se considere reduzida a escrito a convenção de arbitragem que resulte de uma troca de mensagens de correio electrónico, ou mesmo de um 'clique' em um ícone contido num sítio da Internet que exprima a aceitação de uma cláusula geral aí visível.*"⁴⁰

⁴⁰ PINHEIRO, LUÍS DE LIMA. *Convenção de Arbitragem (aspectos internos e transnacionais)*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 64, Vols. I/II, novembro de 2004, p. 5. <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutrinais/luis-de-lima-pinheiro-convencao-de-arbitragem-aspectos-internos-e-transnacionais/>> Acesso em 13.04.19.

O art. 2º, nº5, da LAV, estabelece também que considerar-se-á cumprido o requisito da forma escrita quando, em um procedimento arbitral, uma das partes suscitar a existência da cláusula compromissória e tal alegação não for contestada pela contraparte.

Note-se que em momento algum a LAV exige que a cláusula compromissória esteja assinada pelas partes, o que é, como se verá, um dos motivos pelos quais se permite estender a terceiros não signatários os efeitos da cláusula compromissória, como no caso da aplicação da Teoria do Grupo de Empresas.⁴¹

Uma das justificativas dadas pela doutrina para a não exigência de assinatura é, como muito bem observado por MANUEL PEREIRA BARROCAS, o fato de ser dominante no comércio o princípio da ausência de forma escrita,⁴² o qual é consequência lógica da dinamicidade e rapidez das operações comerciais.

Não se pode confundir, contudo, a dispensabilidade de assinatura com a ausência de forma escrita, pois esta última é, nos termos da LAV, requisito essencial de validade da cláusula, necessário para que se comprove a existência e o conteúdo da mesma e, portanto, a jurisdição do Tribunal Arbitral.

Vale destacar, nesse aspecto, a doutrina do renomado professor e jurista ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, que critica o fato de a exigência da forma escrita ser, na grande maioria das legislações sobre o tema, o único requisito formal para a validade da convenção de arbitragem. Para ele, "[t]udo isso é feito em nome da facilitação das arbitragens", mas "[a]s arbitragens não devem, apenas, ser facilitadas: antes e também, dignificadas. A exigência, para uma decisão tão grave, de um escrito assinado, com as assinaturas reconhecidas, não parece ser impediante. E, a todos

⁴¹ Sobre o tema, YVES DERAÏNS destaca que a assinatura é apenas uma das formas que as partes têm de expressar o seu consentimento: "*The fact that the law applicable to the arbitration agreement may require that it be made in writing, as most national legislations do, is irrelevant. Indeed, signature and writing are two different things. The signature is just one of several means of expressing consent. In the factual matrix where the group of companies doctrine is discussed, there is an arbitration agreement made in writing. The issue at stake is the determination of the parties that consented to this written agreement. Some of them signed it; others did not, but their consent may be proved in many different ways depending on the circumstances. The existence of a group of companies cannot be a neutral fact in this respect.*" ('Chapter 7. Is there A Group of Companies Doctrine?', in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 7 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2010) pp. 131/145)

⁴² BARROCAS, MANUEL PEREIRA. *Manual de Arbitragem*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 160.

os títulos, seria muito útil para o próprio comércio jurídico. [...] O entusiasmo legislativo, compreensível embora, deve ser matizado."⁴³

Outra questão interessante quanto ao requisito da forma escrita foi suscitada por PEDRO CAETANO NUNES, em artigo no qual comentava a decisão do famoso Caso ICC nº 4131 (*Dow Chemical*). Naquela oportunidade, questionou-se a *ratio* da exigência da forma escrita, se para definição das partes que com ela consentiram ou para a definição precisa do objeto da cláusula.⁴⁴

Como afirma PEDRO CAETANO NUNES, "[s]e se entender que a exigência de forma escrita para a convenção de arbitragem tem como finalidade essencial a delimitação clara e precisa do seu objeto, será possível argumentar que os comportamentos negociais relevantes para a identificação dos seus sujeitos não tenham que observar a mesma forma."⁴⁵

Em uma primeira análise, considerando-se que a manifestação do consentimento, por lei, pode ser dada de forma tácita ou expressa, parece-nos que a exigência da forma escrita está muito mais associada à definição do objeto do litígio ou à descrição da relação jurídica, do que à demonstração do consentimento das partes.

No entanto, esse tema será tratado de forma detalhada oportunamente, quando falarmos do consentimento das partes como requisito essencial da cláusula compromissória.

ii. *Objeto definido*

Com relação aos requisitos materiais, estabelece o art. 2º, nº6, da LAV que "[o] compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio" e que "a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem". Para ambas as modalidades de convenção de arbitragem, é possível concluir que a lei estabelece como requisito de validade da cláusula a determinação do litígio a ser dirimido pela via arbitral.

⁴³ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. *Tratado da Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 106/107.

⁴⁴ NUNES, PEDRO CAETANO. *Anotação ao caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, in 100 Anos de arbitragem: os casos essenciais comentados/PLMJ Sociedade de Advogados; António Júdice Moreira [et al.], Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 113/121.

⁴⁵ Op. Cit., p. 118.

Isso se justifica na medida em que o Tribunal Arbitral somente terá jurisdição para decidir sobre um litígio cujo objeto foi especificado na convenção de arbitragem.

Uma vez que o compromisso arbitral se refere a um litígio já existente, tal definição é mais simples. No que diz respeito à cláusula compromissória, contudo, há uma dificuldade maior em decorrência da impossibilidade de se precisar com antecedência quais os litígios que podem surgir de determinada relação jurídica.

Daí que, na grande maioria das cláusulas compromissórias é feita uma referência ampla no sentido de que aquela determinada cláusula dirá respeito a todos os litígios que possam emergir de uma determinada relação jurídica.

Assim, a LAV define que o objeto a ser referido na cláusula compromissória é a relação jurídica e não a divergência específica surgida entre as partes. Somente no curso do procedimento arbitral é que será definido o objeto específico do litígio abrangido pela cláusula compromissória.

Em consequência, a partir de uma mesma cláusula compromissória poderão ser instaurados diversos procedimentos arbitrais distintos, com objetos distintos, desde que respeitantes à mesma relação jurídica.

iii. *Consentimento das partes*

Ainda no campo material, sob o aspecto subjetivo, a convenção de arbitragem conta ainda com um importante elemento, que é o consentimento das partes. Ora, se a convenção de arbitragem tem como um dos principais fundamentos a autonomia da vontade das partes, não haverá convenção sem, antes, haver consentimento.

Como ensinam ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO e JOÃO TORNADA, "*para que qualquer sujeito possa litigar no foro arbitral, é necessário que o mesmo consinta em se submeter à jurisdição arbitral.*"⁴⁶

Logo, ainda que formalmente válida a cláusula compromissória, não haverá jurisdição do Tribunal Arbitral se não estiver presente o elemento volitivo (consentimento das partes) e se o objeto da cláusula arbitral não estiver delimitado.

⁴⁶ MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO e TORNADA, JOÃO. *A Intervenção de Terceiros na Arbitragem: alguns problemas. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto de 8 de março de 2016*, in Revista PLMJ Arbitragem,

MANUEL PEREIRA BARROCAS define o consentimento das partes como "[a] expressão da vontade das partes de que os litígios sejam resolvidos por arbitragem",⁴⁷ a qual deve ser manifestada por todos os envolvidos. Caso haja manifestação de apenas uma das partes, estar-se-á diante de uma proposta de convenção de arbitragem. Segundo o autor, a expressão da vontade das partes integra, juntamente com a indicação do litígio, o conteúdo da cláusula arbitral.

Embora não tratando especificamente sobre a Teoria do Grupo de Empresas, há um interessante julgado do Tribunal de Relação de Lisboa que ilustra a importância do consentimento para que seja possível estender os efeitos da cláusula compromissória a terceiros, entendidos estes como aqueles que, à primeira vista, não pactuaram a cláusula arbitral.⁴⁸

Em acórdão de Relatoria da Conselheira ISABEL FONSECA, datado de 24.03.15, decidiu-se ser admissível a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a um terceiro que não a subscreveu desde que: (i) os signatários da cláusula concordem; e (ii) que se demonstre o consentimento do terceiro com relação ao disposto na cláusula, o qual pode ser tácito.

O entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa levou em consideração o disposto no art. 217º, nº1, do Código Civil Português (CCP), o qual admite a declaração tácita de vontade desde que, da dedução dos fatos, seja possível concluir com toda a probabilidade que a declaração foi dada. Segundo o julgado, não basta que o terceiro participe da negociação ou execução do contrato, sendo necessário que se demonstre concretamente que o terceiro tinha ciência da existência cláusula compromissória e que, portanto, todos os litígios emergentes do contrato seriam resolvidos pela via arbitral.

Insista-se, então, que o consentimento das partes é de crucial relevância para a análise que será feita neste trabalho, pois é principalmente a existência (ou não) do

nº 1, novembro de 2017, p. 21. <https://issuu.com/plmj/docs/revista_20plmj_20arbitragem> Acesso em 21.04.19.

⁴⁷ BARROCAS, MANUEL PEREIRA. *Manual de Arbitragem*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p.155.

⁴⁸ Apelação nº 7666/13, de Relatoria da Conselheira ISABEL FONSECA, julgado em 24.03.15. <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/0f5e165387361e6380257e23004961cd?OpenDocument>> Acesso em 14.04.19.

consentimento do terceiro não signatário que justifica a extensão dos efeitos da cláusula compromissória.

Como visto, a LAV não exige que o requisito da forma escrita seja preenchido pela materialização, em papel, da convenção de arbitragem, admitindo expressamente a utilização de documentos digitais. Com mais razão, portanto, não se exigirá que a manifestação do consentimento esteja expressa e materializada em papel, devendo-se observar o comportamento das partes muito mais do que declarações expressas.

Retome-se, aqui, o questionamento feito por PEDRO CAETANO NUNES em artigo que comentava o precedente ICC da *Dow Chemical* quanto à *ratio* da exigência da forma escrita.⁴⁹ Deve-se entender que tal exigência está relacionada à definição precisa do objeto da cláusula ou para se aferir a existência de consentimento das partes?

RAUL VENTURA, em obra intitulada "*Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*", parece se filiar à teoria de que a forma escrita da cláusula está intrinsecamente relacionada ao consentimento, quando afirma que "*os problemas tratados na lei e pelos tribunais como problemas de forma na convenção de arbitragem entrecruzam-se como problemas de consentimento quando à dita convenção.*"⁵⁰

Para DARIO MOURA VICENTE, que entende que a lei portuguesa é mais branda que a brasileira nesse quesito, a manifestação do consentimento pode ser dada de forma tácita desde que o fato concludente obedeça à forma escrita.⁵¹

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, de forma diversa, afirma que "*o núcleo das razões determinantes da forma escrita da convenção arbitral consiste exactamente na delimitação precisa do seu conteúdo, em especial do seu objecto, conferindo às partes e aos árbitros certeza e segurança acerca do âmbito das questões submetidas à jurisdição arbitral e, portanto, subtraídas à jurisdição estadual.*"⁵²

⁴⁹ Op. Cit., pp. 113/121.

⁵⁰ VENTURA, RAUL. *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, in Revista da Ordem dos advogados, Ano 46, Vol. I, abril de 1986, p. 23. <<https://portal.oa.pt/upl/%7Bdde8d58e-0d22-4792-9e26-31d304df32be%7D.pdf>> Acesso em 19.04.19.

⁵¹ VICENTE, DÁRIO MOURA. *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLIII, nº 2, Coimbra Editora, 2002, pp. 993/994.

⁵² ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE. *Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos*, in: I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa: Centro de Arbitragem Comercial: intervenções/[organização do] Centro de Arbitragem Comercial, [e da] Associação Comercial de Lisboa. - Coimbra: Almedina, 2008, p. 11.

Considerando-se que, nos termos do já mencionado art. 217º do CCP, a declaração negocial pode ser expressa ou tácita, parece-nos mais acertada a teoria segundo a qual a exigência da forma escrita está associada à delimitação precisa do objeto da cláusula compromissória e não à manifestação do consentimento das partes.

De qualquer forma, deverão ser sempre aplicadas as regras gerais de interpretação dos negócios jurídicos, previstas no CCP, quando se estiver em dúvida acerca do alcance objetivo ou subjetivo da cláusula compromissória.

iv. *Requisitos gerais do Código Civil Português*

Em se tratando de negócio jurídico, aplicam-se ainda à convenção de arbitragem os requisitos gerais previstos no CCP, bem como as regras de interpretação incidentes sobre eles.

Sobre os requisitos gerais, importante notar que a LAV não prevê, por exemplo, uma norma específica sobre a capacidade de agir das partes, também conhecida como capacidade para o exercício de direitos, para a celebração da convenção de arbitragem. Assim, quanto às pessoas singulares, incide o disposto nos arts. 122º e seguintes CCP e, quanto às pessoas coletivas, o disposto nos arts. 157º e seguintes do mesmo diploma.

Logo, em regra, somente poderão celebrar a convenção de arbitragem as pessoas civis maiores de 18 anos (arts. 124º e 130º do CCP) que não tenham o exercício dos seus direitos condicionados em razão de saúde ou deficiência. Com relação ao menor, preveem os arts. 1.889º, alínea "o" e 1.938º, alínea "a" do CCP que sua representação pelos pais ou tutor está condicionada à autorização judicial. O mesmo se aplica com relação aos interditos ou inabilitados.

Nos termos do art. 46º, nº3, alínea "a", i), da LAV, é causa de nulidade de sentença arbitral a celebração de convenção de arbitragem por parte incapaz.

Com relação às regras de interpretação, as quais são absolutamente relevantes no contexto deste trabalho, reitere-se que, de acordo com a lei portuguesa, as declarações de vontade, ainda que dotadas de caráter formal, podem ser expressas ou tácitas, conforme previsão do art. 217º do CCP.

Adicionem-se, ainda, as disposições dos arts. 236º e 238º do mesmo diploma. A primeira contempla o que se pode chamar de teoria do homem médio, que tem o mesmo significado no direito português e no direito brasileiro, conhecida em Portugal também como teoria da impressão do destinatário.

Explicando o disposto no art. 236º, nº1, do CCP, HEINRICH EWALD HÖRSTER elucida que *“a normalidade do declaratório que a lei toma com padrão, exprime-se não só na capacidade para entender o texto ou conteúdo da declaração, mas também na diligência para recolher todos os elementos que, coadjuvando a declaração, auxiliem a descoberta da vontade real do declarante (Antunes Varela). Portanto, o declaratório não pode colocar a sua razoabilidade no lugar da do declarante. Decisiva é a vontade deste, se ao declaratório for possível conhecê-la”*.⁵³

Note-se, então, que a doutrina ressalta a existência de outros elementos, que não apenas a declaração em si, para que seja possível aferir a real vontade do declarante, o que, como se verá, é absolutamente relevante para o presente trabalho.

Já com relação ao art. 238º do CCP, consta na norma a proibição de que, em se tratando de negócio formal, tal como a convenção de arbitragem, o sentido da declaração não guarde correspondência com o texto do respectivo documento.

Destaque-se, ainda, o disposto no art. 762º, nº2, do CCP, segundo o qual *“[n]o cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.”*

Trata-se, essencialmente, do princípio da interpretação dos contratos segundo a boa-fé, que é regra geral aplicável a todos os negócios jurídicos, incluindo-se, portanto, a convenção de arbitragem e que, como se verá, também está presente no direito brasileiro.

Por fim, note-se que nem o CCP e tampouco a LAV adotou como regra de interpretação o princípio do efeito útil, *“segundo o qual, quando uma cláusula negocial puder ser interpretada em dois sentidos diferentes, a interpretação que permite que a cláusula produza efeito deve ser preferida à interpretação que o não permite.”*⁵⁴

⁵³ HÖRSTER, HEINRICH EWALD. *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 510.

⁵⁴ BARROCAS, MANUEL PEREIRA. *Manual de Arbitragem*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 171/172.

No entanto, em consonância com o princípio da autonomia da vontade, de aplicação impositiva, a doutrina admite de forma expressa a aplicação do referido princípio. Nesse sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS afirma que "[s]e as partes tiverem previsto a realização de uma arbitragem, mas um dos sentidos possíveis da convenção implicar que a sua realização seja praticamente inviável, o bom senso dita que não seja o sentido correto da convenção."⁵⁵

Vê-se, pois, que, em Portugal, a ausência de regras específicas na LAV quanto à capacidade das partes e regras de interpretação faz incidir com relação às convenções de arbitragem as normas gerais contidas no CCP.

c. O CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM CONFORME A LEI Nº 9.307/1996 (LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA)

i. Conceito

O art. 3º da LAB dispõe que "[a]s partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral."

Depreende-se da referida norma que a convenção de arbitragem é, portanto, o instrumento pelo qual as partes expressam a sua vontade de submeter determinado litígio à arbitragem, o qual pode ser materializado por uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral. Nesse aspecto, pode-se afirmar que não há qualquer diferença entre o disposto na lei portuguesa e brasileira.

Os arts. 4º e 9º da LAB trazem, ainda, a definição precisa do conceito de ambas as espécies de convenção de arbitragem, dispondo que "[a] cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato", ao passo que "[o] compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial."

Note-se, portanto, que a LAB utiliza dois principais critérios para diferenciar a cláusula compromissória do compromisso arbitral: um temporal e outro respeitante à

⁵⁵ Op. Cit., p. 173.

natureza judicial ou extrajudicial da convenção. A cláusula compromissória estará, via de regra, inserta em um contrato – será sempre, portanto, extrajudicial – e dirá respeito a litígios futuros; o compromisso, por sua vez, dirá respeito a litígios já existentes e poderá ser celebrado em Juízo ou fora dele.

A LAV, como vimos, utiliza apenas o critério da atualidade do litígio e não prevê que a cláusula compromissória constará, necessariamente, de um contrato.

Quanto à matéria que pode ser dirimida pela via arbitral, o art. 1º da LAB prevê que poderão ser submetidos à arbitragem "*litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*", inclusive decorrentes de conflitos envolvendo a Administração Pública direta e indireta.

Comentando o dispositivo, CARLOS ALBERTO CARMONA pontua que "[a]gora, a remissão à disponibilidade do direito é objetiva e não oblíqua, como ocorria na redação adotada pelo dispositivo indigitado do Estatuto de Processo."⁵⁶ Ainda tratando sobre a disponibilidade dos direitos, o ilustre Professor explica que "[s]ão arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem."⁵⁷

Nesse particular, antes da publicação da Lei nº 13.129/2015, que, como vimos, autorizou expressamente a celebração de convenção de arbitragem pela Administração Pública, muito se discutia na doutrina e na jurisprudência acerca dessa possibilidade, tendo em vista que, em regra, a atuação da Administração Pública está direcionada ao interesse público.

No entanto, desde 1973, muito antes da publicação da LAB e quando aplicavam-se à arbitragem as disposições do Código Civil de 1916 e Código de Processo Civil de 1973, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de Relatoria do Ministro BILAC PINTO, já havia

⁵⁶ CARMONA, CARLOS ALBERTO. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 38. Explique-se que, até a edição da LAB, aplicava-se no Brasil a regra vigente no Código de Processo Civil de 1973 que, em seu art. 1.072, dispunha que "[a]s pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação."

⁵⁷ Op. Cit., p. 39.

reconhecido de forma expressa a possibilidade da utilização da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios pela Administração Pública.

Naquela oportunidade, apreciou-se a legalidade da sentença arbitral que dispôs sobre indenização devida pela União Federal em razão de incorporação ao patrimônio nacional *"dos bens e direitos das empresas da chamada Organização Lage e do espólio Henrique Lage"*. Afirmado pela constitucionalidade da arbitragem, o Ministro asseverou que *"basta atentar para a natureza consensual do juízo arbitral que, não integrando os órgãos permanentes do Poder Judiciário, de natureza institucional, é criação contratual, nascida do compromisso das partes, ainda que regulada em lei especial, para concluir-se que a alegada inconstitucionalidade não tem o prestígio da doutrina dominante na matéria."*⁵⁸

Respondendo à alegação sobre a ausência de previsão da arbitragem na Constituição de 1946, então vigente, e na Carta de 1937, sua antecessora, o Ministro ressaltou a existência de outros órgãos judiciais criados sem previsão constitucional específica, tal como o Tribunal Marítimo e a Câmara de Reajustamento Econômico.

Mais de 30 anos depois, a questão ainda era muito discutida no Brasil, valendo trazer à baila julgado do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria do Ministro LUIZ FUX, o qual declarou que *"[e]m verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao 'foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais'."*⁵⁹

Outro importante julgado a esse respeito, também do Superior Tribunal de Justiça, foi lavrado por ocasião do julgamento do Conflito de Competência nº 139.519, em disputa travada entre a estatal Petrobras, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e o Estado do Espírito Santo. Naquela ocasião, dentre outras questões, discutiu-se de quem seria a

⁵⁸ <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>> Acesso em 19.05.19.

⁵⁹ <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=635893&num_registro=200502127630&data=20060814&formato=PDF> Acesso em 19.05.19.

competência para apreciar litígio decorrente de contrato de concessão firmado entre a estatal e a ANP, que continha cláusula compromissória atribuindo competência ao Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, principalmente em razão da controvertida natureza do direito envolvido – se disponível ou não – e por haver manifesto interesse do Estado do Espírito Santo, não signatário da cláusula compromissória, na disputa.

O litígio teve origem em deliberação unilateral da ANP que determinava a unificação de determinados campos de exploração de petróleo e que resultava na obrigação da Petrobras de recolher mais de R\$ 2 bilhões a título de participação especial (*royalties*) como detentora da concessão referente àquelas áreas.

Por maioria de votos, o Superior Tribunal de Justiça, em atenção ao princípio da competência-competência, entendeu pela competência do Juízo Arbitral para decidir, primeiramente, sobre a sua própria competência. Quanto ao fato de o Estado do Espírito Santo não ser signatário da cláusula compromissória, entenderam os julgadores que *"considerando a evolução da natureza contratual para jurisdicional da atividade da arbitragem e o afastamento da jurisdição estatal, é possível a intervenção do Estado do Espírito Santo, na qualidade de terceiro interessado decorrente da alegada alteração dos critérios de distribuição de royalties."*

Já quanto à natureza do direito envolvido, entendeu aquela Corte que *"sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público."*

No que diz respeito ao conceito de direitos patrimoniais disponíveis, JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM os define como os direitos *"a respeito dos quais as partes possam validamente e legalmente dispor"*.⁶⁰ Nessa mesma linha, o ex-Ministro EROS ROBERTO GRAU, explica que *"[d]ispor direitos patrimoniais significa transferi-los a terceiro, ou seja, direitos patrimoniais disponíveis são os que podem ser alienados."*⁶¹

⁶⁰ ALVIM, JOSÉ EDUARDO CARREIRA. *Comentários à Lei da Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 32.

⁶¹ GRAU, EROS ROBERTO. *O direito posto e o direito pressuposto*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 313.

Conclui-se, assim, que são direitos patrimoniais disponíveis aqueles passíveis de avaliação pecuniária e que podem ser objeto de transação. Tratam-se de requisitos cumulativos e que devem, portanto, coexistir.

Outra questão muito discutida no Brasil é a referente à utilização da cláusula compromissória nas relações de consumo, tendo em vista que, em sua maioria, envolvem os chamados contratos de adesão.

Muito embora o art. 4º, §2º, da LAB autorize a utilização da cláusula compromissória em contratos dessa natureza, exige-se, para tanto, que a iniciativa da instituição da arbitragem seja do aderente ou, alternativamente, que haja concordância expressa quanto à sua instituição, *"por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula."*

As primeiras decisões sobre o tema⁶² eram no sentido de que deveria ser considerada nula a cláusula compromissória constante em contrato de adesão celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o seu art. 51, inc. VII, determina serem nulas de pleno direito *"as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem"*.

Ocorre que, recentemente, principalmente em razão da publicação da Lei nº 13.129/2015, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar entendimento diverso, o qual já possuía alguns simpatizantes, mas não havia sido consolidado até então. Em julgamento ocorrido no início de 2016, em acórdão de Relatoria do Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, passou-se a adotar o entendimento de que *"o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva."*⁶³

⁶² Vejam-se, nesse sentido, os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça proferidos no âmbito do Recurso Especial nº 819.519/PE, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, J. 09.10.07 e do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo nº 1.101.015/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, J. 23.03.11.

⁶³

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1491127&num_registro=201000622004&data=20160314&formato=PDF

Uma vez que representam uma alteração radical no entendimento adotado até então, os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser válida a convenção de arbitragem celebrada no âmbito das relações com o Poder Público e nas relações de consumo são importantes conquistas na caminhada para valorização da arbitragem no Brasil.

ii. *Natureza jurídica*

A questão envolvendo a natureza jurídica da cláusula compromissória deixou de ter relevo no Brasil com a entrada em vigor da LAB. Isso porque, como visto no início deste trabalho, a referida norma permitiu a execução específica da cláusula compromissória, afastando a obrigatoriedade de celebração posterior do compromisso arbitral.

Até então, a doutrina pátria atribuía à cláusula compromissória a natureza de negócio jurídico de disposição ou, em outras palavras, uma obrigação de fazer "*sujeita, na sua operação, a um evento futuro e incerto, a ocorrência de um litígio*", que impunha à parte o dever de celebrar o compromisso arbitral.⁶⁴

Atualmente, uma vez que a LAB atribui a mesma força executiva a ambas as espécies de convenção de arbitragem, não há distinção relevante quanto à sua natureza jurídica, devendo ser adotado o entendimento de que se tratam de negócios jurídicos bilaterais com força obrigatória entre as partes.

Comentando a alteração trazida pela LAB, GIOVANNI ETTORE NANNI explica que "*a cláusula compromissória não é mais mero pactum compromittendo. Não há que se falar, pois, em obrigação de firmar compromisso. A obrigação resultante da cláusula arbitral é a de instituir a arbitragem, sem necessidade de posterior compromisso arbitral.*"⁶⁵

A esse respeito, vale a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça de que "[a] convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula

⁶⁴ BAPTISTA, LUIZ OLAVO. *Cláusula Compromissória e Compromisso*, in Revista de Direito Público RDP 70/293, abril - junho de 1984.

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963909/mod_resource/content/1/Artigo%20LOB%20-%20Cl%C3%A1usula%20Compromiss%C3%B3ria%20e%20Compromisso.pdf> Acesso em 19.05.19.

⁶⁵ Op. Cit., p. 13.

*compromissória, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definido ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal."*⁶⁶

O enquadramento da convenção de arbitragem como negócio jurídico fez surgir na doutrina brasileira a teoria contratualista da arbitragem, também chamada de privatista, segundo a qual a arbitragem seria apenas uma consequência do acordo de vontade das partes e a execução da convenção seria, essencialmente, o cumprimento de um contrato pelas partes e pelos árbitros.⁶⁷

Tal teoria perdeu força com a edição da LAB, vez que o seu art. 31 prevê que "[a] sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."

Consequentemente, ganhou destaque a teoria jurisdicional que, nas palavras de HAROLDO MALHEIROS VERÇOSA, "*entende a arbitragem como forma de exercício da função jurisdicional, uma vez que os árbitros recebem das partes o poder de decidir o litígio a eles apresentado, aplicando a norma ao caso concreto e, assim, emitindo decisão obrigatória e vinculativa (atribuição dos efeitos da sentença judicial ao laudo arbitral). Além disso, o procedimento arbitral substitui a jurisdição estatal no que tange ao mérito da discussão travada da arbitragem.*"⁶⁸

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, por outro lado, entende que ambas as teorias podem conviver, adotando, "*nesse particular, a posição nitidamente assumida por Clive Schmittboff, ao simplificar a oposição aparentemente irreduzível entre caráter contratual e caráter jurisdicional da arbitragem, afirmando que o instituto tem, simplesmente, um elemento contratual e um jurisdicional. O primeiro (the agreement of the parties) é que determina ou que dá causa à existência do segundo (the jurisdiction of the arbitor). Parece bem claro, segundo*

⁶⁶ Tese nº 1 da Edição nº 122 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, consolidada a partir dos seguintes acórdãos: Recurso Especial nº 1733685/SP, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, J. 06.11.18; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 425931/MG, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, J. 15.10.18; Recurso Especial nº 1639035/SP, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 18.09.18; Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1096912/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, J. 20.02.18; e Recurso Especial nº 1694826/GO, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, J. 07.11.17.

⁶⁷ CRETILLA NETO, JOSÉ. *Curso de arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14.

⁶⁸ VERÇOSA, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC. *Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 242.

Schmittboff, que 'The arbitor, as a private judge chosen by the parties or appointed in accordance with the arbitration agreement, must approach the issues before him in the same spirit as a judge appointed by the State. He must be absolutely impartial'. Um e outro elementos, o contratual e o jurisdicional, são relevantes para explicar a arbitragem'.⁶⁹

Esse último entendimento, que nos parece o mais correto, está em consonância com o já mencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que define a arbitragem como "*contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função*".⁷⁰

d. REQUISITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONFORME A LEI Nº 9.307/1996 (LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA)

A LAB prevê expressamente quais os requisitos obrigatórios (art. 10 da LAB) e facultativos (art. 11 da LAB) do compromisso arbitral, o que, contudo, não se aplica à cláusula compromissória.

De forma semelhante à lei portuguesa, a LAB exige que conste do compromisso arbitral "*a matéria que será objeto da arbitragem*" (art. 10, inc. II, da LAB). Diz-se semelhante porque, a nosso ver, a exigência da lei brasileira parece ser mais branda que a da portuguesa, cujo art. 2º, nº6, como vimos, prevê que "[o] *compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio.*"

No que diz respeito à cláusula compromissória, não se exige que seja especificada a relação jurídica a que ela se refere, o que decorre do fato de que o legislador brasileiro partiu do pressuposto de que a cláusula compromissória estará sempre inserida em um contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Quando a cláusula compromissória não estiver inserida em um contrato, bastará constar da cláusula a referência ao contrato, possuindo, em qualquer dos casos, natureza contratual.

Assim, o objeto da cláusula compromissória de acordo com a lei brasileira, será, em regra, a relação jurídica decorrente do contrato no qual ela está inserida, o que, no entanto, não impede que as partes restrinjam o seu alcance se assim desejarem.

⁶⁹ GUERREIRO, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES. *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 37.

⁷⁰ ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE. Op. Cit., p. 82.

Nesse particular, considerando que, ao contrário da LAV, a LAB não estabelece que o objeto da cláusula é um requisito essencial para a sua validade e, ainda, que a doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem a validade da cláusula compromissória vazia,⁷¹ não trataremos, tal como fizemos com relação à LAB, deste requisito específico.

i. *Capacidade das partes*

Ao contrário da lei portuguesa, que é omissa a esse respeito, a LAB prevê de forma expressa que a convenção de arbitragem, em ambas as suas modalidades, deve ser celebrada por "*personas capazes de contratar*".

Para aferição da capacidade das pessoas físicas e jurídicas aplicam-se as normas gerais do CCB, segundo as quais (i) são plenamente capazes as pessoas físicas com idade igual ou superior a 18 anos (art. 5º do CCB); (ii) relativamente capazes as pessoas físicas com idade igual a 16 e inferior a 18 anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, os pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e (iii) a personalidade jurídica da sociedade é adquirida "*com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos*" (art. 985 do CCB).

A incapacidade absoluta das pessoas físicas gera, nos termos do art. 166, inc. I, do CCB, a nulidade absoluta do negócio jurídico. A incapacidade relativa, por sua vez, torna o negócio jurídico anulável (art. 171, inc. I, do CCB). A diferença reside, essencialmente no fato de que os negócios jurídicos anuláveis podem ser confirmados pelas partes, ao passo que os nulos não são suscetíveis de confirmação e tampouco convalidam pelo decurso do tempo (arts. 169 e 172 do CCB).

A capacidade exigida pela LAB é, pois, aquela relacionada ao exercício dos direitos sem a necessidade de auxílio de terceiros, também chamada de capacidade de fato.

⁷¹ "Também chamada de cláusula em branco, como o próprio nome sugere, a previsão da arbitragem desta forma traz uma lacuna quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, que deverá ser suprida por compromisso arbitral quando do surgimento do conflito, celebrado pelas partes diretamente, ou por intermédio do Judiciário. Importante repetir que mesmo diante de uma cláusula compromissória vazia já há pelas partes a renúncia à jurisdição estatal quanto à matéria objeto do contrato, e esta iniciativa vincula os contratantes. Apenas não se terá a instauração imediata da arbitragem, pois, pelas características da cláusula, esta se mostra inviável diante da falta dos elementos necessários para tanto. Ou seja, a cláusula em branco tem como consequência a inviabilidade da pronta provocação do juízo arbitral." (CAHALI, FRANCISCO JOSÉ. *Curso de Arbitragem*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 139)

Quanto às pessoas jurídicas, há no direito brasileiro uma peculiaridade a respeito da capacidade dos entes despersonalizados, também conhecidos como grupos com personificação anômala, assim entendidos aqueles que possuem "*muitas das características das pessoas jurídicas, mas que não chegam a ganhar sua personalidade. [...] um simples agrupamento, sem que haja affectio societatis, porque são formados independentemente da vontade de seus membros ou por ato jurídico que vincule um corpo de bens. Na maioria dessas entidades existe, na verdade, uma capacidade diminuída ou restrita.*"⁷²

São exemplos desses entes o condomínio edilício, a massa falida e as sociedades de fato. O art. 75 do Código de Processo Civil Brasileiro atribui a tais entes a capacidade de estar em juízo – processual, portanto, e não material – desde que representados ("*V - a massa falida, pelo administrador judicial; VI - a herança jacente ou vacante, por seu curador; VII - o espólio, pelo inventariante; [...] IX - a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; [...] XI - o condomínio, pelo administrador ou síndico.*").

No ponto, CARLOS ALBERTO CARMONA explica que "[c]onsiderando-se que a instituição do juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos). Isto significa que o inventariante do Espólio e o síndico do condomínio não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral; havendo porém, autorização judicial, no caso do inventariante e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio, poderá ser celebrada a convenção arbitral. Sem a autorização, será nula a cláusula ou o compromisso arbitral."⁷³

Assim, tais entes com personificação diferenciada poderão celebrar convenção de arbitragem somente em juízo, na modalidade compromisso arbitral, eis que possuem apenas capacidade processual.

⁷² VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil: Parte Geral*, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 239.

⁷³ CARMONA, CARLOS ALBERTO. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

ii. *Forma escrita*

À semelhança da LAV, a lei brasileira também estabelece que a convenção de arbitragem deverá revestir-se de forma escrita. Quanto à cláusula compromissória, tal exigência consta do art. 4º, §1º, segundo o qual "[a] cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira." No que diz respeito ao compromisso arbitral, o art. 9º, §§1º e 2º preveem respectivamente que, se judicial, o compromisso será reduzido a termo nos autos e, se extrajudicial, "será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público."

A questão da forma escrita gera, no direito brasileiro, as mesmas indagações que vimos quanto à doutrina portuguesa. O requisito da forma escrita está relacionado ao conteúdo da cláusula compromissória ou à forma de declaração da vontade?

Mesmo entendendo que está relacionado à forma da manifestação de vontade, GIOVANNI ETTORI NANNI admite que "isso não significa que outras estejam excluídas, mesmo porque o que se demanda é uma declaração negocial inequívoca, ainda que solene." E continua dizendo que "[o] consentimento com a adoção da cláusula compromissória pode ser manifestado de outras maneiras além da expressa, sem afetar a forma solene e, consequentemente, sua validade."⁷⁴

Em julgado relativamente recente, datado de 2016,⁷⁵ a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar quanto a essa questão, em julgado que tratou precisamente da necessidade de haver consentimento escrito (assinatura) das partes no documento que contém a cláusula compromissória. Conforme se depreende do acórdão, que teve a Relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, aquela Corte entendeu que o único requisito previsto pela LAB com relação à cláusula compromissória é que ela possua forma escrita e conste do contrato ou de documento apartado.

Quanto ao consentimento, o aresto foi expresso quanto à possibilidade de a anuência se dar de outras formas, que não pela assinatura: "[d]e se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes

⁷⁴ Op. Cit., p. 40.

⁷⁵ REsp nº 1.569.422/RJ, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. MARCO AURÉLIO BELIZZE, J. 26.04.16.

no documento em que inserta, tal como impropriamente compreendeu o Tribunal de origem. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem."

O que se depreende do referido julgado, portanto, é que a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça vem adotando uma postura pró-arbitragem, que aponta como único requisito da cláusula compromissória que ela, *a cláusula*, se dê por escrito, *mas não o consentimento das partes*.

Nesse mesmo sentido, FRANCISCO JOSÉ CAHALI admite que "[u]ma vez escrita a cláusula, sua aceitação pode ser verbal, tácita ou presumida [...]"⁷⁶ No entanto, cumpre observar que há julgados menos recentes do Superior Tribunal de Justiça que apontam em sentido diverso.⁷⁷

iii. *Consentimento*

Assim como ocorre na doutrina portuguesa, o consentimento das partes é encarado no Brasil como o requisito essencial para a existência e validade da cláusula compromissória.

Nesse particular, GIOVANNI ETTORI NANNI pontua que "[a] ausência de declaração de vontade apta a formar a cláusula compromissória equivale a uma anomalia extrema, digno exemplo teratológico, que não deve dar azo a uma válida constituição de um procedimento arbitral. [...] Tal sucede porque a manifestação de vontade é absolutamente indispensável para a concepção do negócio jurídico, no que a doutrina é incontroversa."⁷⁸

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgado posterior ao reconhecimento da constitucionalidade da LAB pelo Supremo Tribunal Federal, exteriorizou um entendimento que, a meu ver, reflete a melhor interpretação do disposto na lei brasileira.

⁷⁶ CAHALI, FRANCISCO JOSÉ. *Curso de Arbitragem*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 121.

⁷⁷ Sobre a necessidade de consentimento por escrito, vejam-se os seguintes julgados: SEC nº 11.593/EX, Min. Rel. BENEDITO GONÇALVES, J. 16.12.15; SEC 967/GB, Min. Rel. JOSÉ DELGADO, J. 15.02.06; e SEC 978/GB, Min. Rel. HAMILTON CARVALHIDO, J. 17.12.08.

⁷⁸ Op. Cit., p. 29.

Em pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira feito pela sociedade suíça *L'Aiglon S.A.*,⁷⁹ no qual era requerida a empresa brasileira *Têxtil União S.A.*, esta última suscitou a nulidade da sentença arbitral pela suposta inexistência de consentimento com relação à cláusula compromissória. Tratava-se de situação bem específica, em que o contrato celebrado entre as partes *não estava assinado por qualquer uma delas*, mas ainda assim produziu efeitos e foi executado por ambas. Não havia nos autos também correspondências trocadas entre as partes dando consentimento expresso quanto ao conteúdo da cláusula compromissória.

Na referida oportunidade, a Corte Especial entendeu que havia elementos suficientes para se aferir a existência de concordância da empresa brasileira com a cláusula compromissória prevista no contrato de compra e venda mercantil celebrado com a empresa suíça, a qual designou a câmara arbitral da *Liverpool Cotton Association, Ltd.* como instituição responsável pela condução do procedimento arbitral. Referido entendimento decorreu da existência de uma correspondência enviada pela empresa brasileira ao centro de arbitragem na qual constou a seguinte frase: *“posteriormente, gostaríamos de nomear um novo árbitro para representar-nos.”*

Segundo o acórdão, *"neste documento, sem a menor sombra de dúvida, a empresa requerida endereçou correspondência à Liverpool Cotton Association, Ltd., com referência ao recurso do caso sob julgamento naquela entidade revelando, expressamente, sua participação no processo de arbitragem, tanto que cuidou de mencionar, como já antes destacado, que se referia às razões da apelação e até mesmo manifestando a intenção de nomear um novo árbitro para representá-la."*

A conclusão à qual chegou a Corte Especial, portanto, levou em consideração não apenas a existência de um documento escrito no qual a empresa brasileira afirmou que gostaria de nomear um novo árbitro para representá-la, mas também o comportamento dela frente à instauração da arbitragem, com apresentação de defesa e sem impugnar a validade da cláusula compromissória.

⁷⁹ SEC nº 856/GB (2005/0031430-2), Min. Relator CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. J. 18.05.05. <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=549618&num_registro=200500314302&data=20050627&formato=PDF>

O aludido julgado reflete uma situação fática concreta que ilustra muito bem a possibilidade de haver concordância tácita, baseada apenas no comportamento das partes e que não precisa ocorrer antes da execução do contrato.

Por fim, a corroborar o entendimento de que a declaração de vontade das partes não exige forma escrita, vale destacar que o art. 107 do CCB dispõe que "[a] *validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.*" Se a LAB não determina que é declaração de vontade que deve se revestir de forma escrita – mas a cláusula em si, como defendemos ser – a regra geral prevista no diploma civil é mais uma razão pela qual se deve entender que o consentimento das partes quanto à cláusula compromissória pode ser dado de forma tácita.

iv. *Requisitos gerais do Código Civil*

CARLOS ALBERTO CARMONA, que aponta a forma escrita como único requisito formal da cláusula compromissória, defende que "[...] *submete-se a cláusula aos requisitos gerais previstos na lei civil para a celebração dos contratos.*"⁸⁰

Na mesma linha, GIOVANNI ETTORI NANNI pontua que "[s]endo um negócio jurídico, a cláusula compromissória é disciplinada pelo Direito Civil, devendo adequar-se a todas as características decorrentes das relações jurídicas privadas, como, por exemplo, a formação, os efeitos e a obediência aos requisitos do negócio jurídico estabelecidos no art. 104 do Código Civil."⁸¹

Nesse sentido, deve-se entender que, para ter validade no Brasil, a cláusula compromissória requer, nos termos do art. 104 do CCB, "I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei."

Sobre a interpretação da cláusula compromissória, não são raras as vezes em que as partes estipulam cláusula ambígua ou de cujo conteúdo não é possível aferir com absoluta certeza qual a intenção das partes no momento da sua celebração.

⁸⁰ Op. Cit., p. 105.

⁸¹ Op. Cit., p. 17.

Com efeito, além do mecanismo previsto no art. 7º da LAB⁸² para os casos em que há resistência de uma das partes quanto à instauração da arbitragem, devem-se aplicar também as regras de interpretação do diploma civil para os negócios jurídicos em geral, notadamente as previstas nos arts. 112 e 113 do CCB, segundo os quais "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" e "[o]s negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

Em obra dedicada especialmente à questão do consentimento nos casos de extensão dos efeitos da cláusula compromissória, GUSTAVO TEPEDINO esclarece que *"avulta a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento, desde a celebração de convenções de arbitragem até a definição da arbitrabilidade entre pessoas ou empresas de um mesmo grupo econômico (arbitrabilidade vertical) ou que participaram das negociações atinentes à celebração do contrato submetido a juízo arbitral (arbitrabilidade horizontal)."*⁸³ A interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé é, portanto, essencial para que se verifique a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória.

Além dos referidos princípios, embora não haja previsão legal expressa nesse sentido, entendemos que deve-se adotar, sempre que possível, uma interpretação pró-arbitragem. Concordamos, portanto, com a opinião de SELMA LEMES, segundo a qual *"ninguém incluiria, em sua consciência, as formas autocompositivas ou heterocompositivas de solução extrajudicial de conflitos se não tivesse minimamente a intenção de utilizá-las."*⁸⁴

Nas palavras do Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *"uma interpretação restritiva dessa cláusula, distinguindo o que ela não distingue, comprometeria as bases do próprio instituto e negaria o favor arbitral, que constitui verdadeiro dogma em matéria de arbitragem."*⁸⁵

⁸² "Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim."

⁸³ TEPEDINO, GUSTAVO. *Arbitragem e Autonomia Privada: a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento*, in Revista Quaestio Iuris, Vol. 09, nº 01, Rio de Janeiro, 2016, p. 616.

⁸⁴

<http://selmalemes.adv.br/artigos/Quando%20as%20%20%20Cl%C3%A1usulas%20Compromiss%C3%B3rias%20demandam%20interpreta%C3%A7%C3%A3o-Selma%20F%20Lemes.pdf>
Acesso em 02.06.19.

⁸⁵ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94.

Por outro lado, a mencionada doutrinadora, que foi uma das autoras do projeto de lei da LAB, afirma que "[o] *princípio da interpretação pró-validade da cláusula arbitral encontra-se albergado na doutrina e jurisprudência como princípio auxiliar aos demais princípios, mas que não deve isoladamente ser aplicado, posto que há de ser sempre priorizado no processo exegético a verificação da real intenção das partes em dispor sobre arbitragem.*"⁸⁶

Conclui-se, assim, que, embora não seja uma regra essencial de interpretação, a doutrina brasileira já vem admitindo a interpretação pró-arbitragem como mecanismo hermenêutico válido com relação às cláusulas ambíguas e complementar às regras de interpretação previstas no CCB para os negócios jurídicos em geral.

⁸⁶ LEMES, SELMA MARIA FERREIRA. *Cláusula arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes*, in Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, São Paulo: LTr, 2002, p. 207.

IV. A CARACTERIZAÇÃO DOS GRUPOS DE EMPRESAS

a. OS GRUPOS DE EMPRESAS COMO UMA REALIDADE ECONÔMICA

Como explicado anteriormente, esta dissertação não busca apenas analisar de forma individualista e estremada a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas em Portugal e no Brasil.

O que se busca, em verdade, é verificar se elementos externos podem influenciar na forma de aplicação da Teoria do Grupo de Empresas pelas jurisdições portuguesa e brasileira e se, na ausência de uma jurisprudência consolidada sobre o tema, o direito comparado pode servir de alternativa para, eventualmente, haver uma mudança no posicionamento dos Tribunais a esse respeito.

Nesse contexto, necessária se faz a compreensão do que seriam os chamados grupos de sociedades, ou grupo de empresas, como surgiram e qual a sua importância prática em âmbito mundial.

Em apertada síntese, os grupos de empresa surgem como decorrência do desenvolvimento econômico que, dentre outras coisas, é consequência direta do desenvolvimento tecnológico. O direito comercial, primordialmente refletido na figura do comerciante individual e, em um segundo momento, no surgimento das sociedades comerciais, passa agora a contar com os agrupamentos de sociedades.

Nas palavras de EDUARDO SECCHI MUNHOZ, os grupos de sociedades "*caracterizam-se por aliar diversidade jurídica e unidade econômica*".⁸⁷ A diversidade jurídica pode ser entendida como a possibilidade de os grupos adotarem diferentes estruturas organizacionais que, como veremos, podem ser estruturas de coordenação ou subordinação. Já a unidade econômica está associada ao interesse comum das sociedades que compõem o grupo e que leva, invariavelmente, à concentração do poder empresarial.

⁸⁷ MUNHOZ, EDUARDO SECCHI. *Estrutura de Governo dos Grupos Societários de Fato na Lei Brasileira: Acionista Controlador, Administradores e Interesse de Grupo*, in [CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; e GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.)] *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 269.

Muitas são as razões que podem levar empresas a se reunirem na forma de grupo, mas é possível concluir que a finalidade última da aglomeração de empresas é uma obtenção maior e mais rápida de lucro, reflexo da sociedade capitalista, atingida, dentre outras coisas, pela adoção de uma economia em escala (redução de gastos com aumento de lucro). Outras consequências daí decorrentes são a possibilidade de exercício da atividade empresarial em âmbito global e o aproveitamento da sinergia entre as sociedades.⁸⁸

Dessa forma, empresas que exercem atividades em um mesmo ramo, embora em campos diferentes, podem optar por formar um grupo econômico no qual cada uma contribuirá com o seu *know-how* para fornecer ao maior número de pessoas possível um serviço mais rápido e mais eficiente.

É o caso, por exemplo, da *GALP Energia* em Portugal, formada principalmente pelas empresas *Petrogal S.A.*, especialista no ramo de refino de petróleo e a *Galp Gás & Power S.A.*, especialista no ramo de gás natural, eletricidade e energias renováveis.⁸⁹ Ambas as empresas pertencem ao ramo de energia, mas são especializadas em campos diferentes (produtos petroquímicos e gás natural, respectivamente).

No Brasil, podemos citar a *Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras*, cujas principais subsidiárias são a *Petrobras Distribuidora*, que atua na distribuição, comercialização e industrialização de derivados do petróleo, a *Transpetro*, que realiza o transporte e armazenamento de petróleo e derivados, e a *Gaspetro*, especializada na extração e fornecimento de gás natural.⁹⁰

Em Portugal, embora não se discuta que o CSC tenha previsto de forma clara a possibilidade de formação de grupos econômicos, fato é que não há na jurisprudência portuguesa uma grande variedade de decisões sobre o tema, nomeadamente decisões

⁸⁸ MUNHOZ, EDUARDO SECCHI. *Estrutura de Governo dos Grupos Societários de Fato na Lei Brasileira: Acionista Controlador, Administradores e Interesse de Grupo*, in [CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; e GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.)] *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 269.

⁸⁹ <<https://www.galp.com/corp/pt/sobre-nos/a-galp/organizacao>> Acesso em 05.05.19.

⁹⁰ <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/principais-subsidiarias-e-controladas/>> Acesso em 05.05.19.

relativas à aplicação dos referidos conceitos no âmbito do direito comercial. Fala-se, hoje, muito mais em grupo de empresas quando se discute relações trabalhistas e tributárias.

Arriscado afirmar qual seria o motivo pelo qual há uma escassez de julgados sobre grupos de empresa no campo do direito comercial. Porém, não seria exagero supor que a crise econômica vivenciada pelos portugueses a partir de 2008 e o pensamento conservador da doutrina e jurisprudência portuguesas verificados até os dias atuais exercem significativa influência sobre isso.

Já no Brasil, os grupos de empresas ganharam mais força durante a década de 90, quando teve início um intenso processo de privatização de importantes empresas estatais dos setores de energia, telecomunicações e siderurgia. Esse processo foi consequência da adoção de políticas endereçadas no Consenso de Washington, dentre as quais estavam a abertura da economia para investimentos estrangeiros e a privatização de empresas estatais.⁹¹

No Brasil, embora não se negue a importância da doutrina dos grupos econômicos nas searas trabalhista e tributária, tal como ocorre em Portugal, é possível observar um número significativo de julgados que reconhecem a importância da Teoria do Grupo de Empresas no âmbito do direito comercial.

Vale mencionar, ainda, a recentíssima publicação da Medida Provisória nº 881 de 2019, que ficou conhecida como "*MP da Liberdade Econômica*", que disciplinou, dentre outras coisas, os requisitos para que seja permitida a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade, fortalecendo a independência das empresas que compõem um mesmo grupo econômico.

Para GUSTAVO TEPEDINO, "*a teoria dos grupos societários traduz o fenômeno, mais econômico que jurídico, da união de várias sociedades independentes entre si sob direção comum.*"⁹² Nota-se, assim, que o estudo dos grupos econômicos e, consequentemente, da extensão dos

⁹¹ LOPES, CARLOS. *Crescimento econômico e desigualdade: As novidades pós-Consenso de Washington*, in: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 94, 2011, pp. 3/20.

⁹² TEPEDINO, GUSTAVO. *Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades*. In: Tepedino, Gustavo; Fachin, Luiz Edson (orgs.). *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, Vol. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 936.

efeitos da cláusula compromissória com base na Teoria do Grupo de Empresas, possui dupla vertente, econômica e jurídica, que acabam por ser indissociáveis.

No campo da arbitragem, são várias as situações em que a formação de grupos econômicos podem dar ensejo à extensão dos efeitos da cláusula compromissória, não sendo necessário, por exemplo, que exista uma relação de hierarquia (relação vertical) entre as empresas do mesmo grupo. É possível, assim, que as empresas para quem se pretende a extensão sejam ambas subsidiárias de uma mesma *holding* ou, ainda, que se trate de um consórcio (no caso específico da lei brasileira).

Com efeito, para que se faça um estudo mais consistente quanto à aplicação da Teoria do Grupo de Empresas, é importante que se veja, antes, o conceito e os tipos de grupo de empresas previstos por cada jurisdição analisada.

b. O CONCEITO DE GRUPO DE EMPRESAS DE ACORDO COM A DOUTRINA PORTUGUESA

Em Portugal, o conceito de grupo de sociedades foi regulamentado pela primeira vez em 1986, com a publicação do Decreto-Lei n° 262/86, vulgo Código das Sociedades Comerciais. Como aponta a exposição de motivos da referida norma, as associações entre empresas são "*realidades que o direito não pode ignorar, como, de resto, o mostram as legislações e projectos estrangeiros mais recentes, com particular relevo a lei alemã das sociedades por ações.*"⁹³

A lei alemã sobre sociedades por ações de 1965, mencionada pelo CSC, foi a pioneira na regulamentação dos grupos de sociedades.

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO define o grupo de sociedade como "*um conjunto de sociedades juridicamente independentes, mas submetido a uma direcção unitária.*"⁹⁴

⁹³ <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/116042191/201904150338/73599791/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma> Acesso em 14.04.19.

⁹⁴ AMARAL NETO, FRANCISCO DOS SANTOS. *Os Grupos de Sociedades*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 47, Vol. II, setembro de 1987, p. 594. <<https://portal.oa.pt/upl/%7B7e8c1b6f-f1fc-49e3-8c0d-026c8e94166e%7D.pdf>> Acesso em 21.04.19.

Já CARLA GONÇALVES BORGES, referindo-se a YVES DERAÏNS, defende que "*o conceito de grupo não se define pela independência formal gerada pela criação de pessoas jurídicas separadas, mas pela unidade de orientação económica dependente de uma autoridade comum.*"⁹⁵

LUÍS BRITO CORREIA, por sua vez, entende que se trata do "*conjunto de duas ou mais sociedades, sujeitas a uma influência comum, quer porque uma participa na(s) outra(s), quer porque todas acordaram em subordinar-se à orientação de uma delas ou de uma terceira entidade.*"⁹⁶

Na mesma linha, a jurisprudência portuguesa esclarece que "[o] *grupo societário constitui uma nova forma de organização da empresa moderna, que do ponto de vista económico se traduz na existência de uma política económico-empresarial e financeira comum e geral para o conjunto das sociedades agrupadas, pressupondo a centralização e a constituição de relações de controlo intersocietário, dirigindo a empresa-mãe os interesses económicos do grupo, através da aquisição do domínio ou controlo das demais empresas, pese embora com respeito da independência jurídica das entidades envolvidas.*"⁹⁷

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, de forma semelhante ao decidido no já mencionado caso da *Dow Chemical*, define o grupo de empresas como um "*conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum*".⁹⁸

Note-se, quanto a esta última definição que o autor sugere a existência de um "*conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais*", o que, em uma primeira análise, afastaria a hipótese de se considerar como um grupo de empresas um agrupamento de duas ou três sociedades, por exemplo.

No entanto, o CSC não estabelece tal requisito para qualquer dos gêneros de grupos de sociedades nele previstos, quais sejam, os grupos de coordenação e os grupos de subordinação.

A principal característica dos grupos de subordinação é a existência de uma relação de dependência de uma ou mais empresas com relação à empresa controladora, o que não

⁹⁵ Op. Cit., p. 135.

⁹⁶ CORREIA, LUÍS BRITO. *Grupo de Sociedades, em Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 384.

⁹⁷ Acórdão do Tribunal de Relação de Évora, de 13.06.02, *in* Coletânea de Jurisprudência, 2002, Tomo III, p. 259.

⁹⁸ ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA. *Os grupos de sociedade estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 52.

acontece nos grupos de coordenação, onde há uma direção única, mas sem relação de dependência.

Em ambos os casos, a formação dos grupos pode ou não decorrer da formalização de um contrato com esse fim. Sempre que não houver um acordo expresso, estaremos diante de um grupo de fato, caso haja, tratar-se-á de um grupo de direito.

c. O CONCEITO DE GRUPO DE EMPRESAS DE ACORDO COM A DOUTRINA BRASILEIRA

Segundo aponta a melhor doutrina, o Brasil foi o segundo país regular o fenômeno dos grupos de empresas, perdendo apenas para a Alemanha.⁹⁹ Já na sua exposição de motivos, a LBSA dispõe que "*o grupo de sociedades é uma forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades que, mediante a aprovação pelas assembleias gerais, de uma convenção de grupo, dão origem a uma sociedade de sociedades.*"

FRAN MARTINS ensina que os agrupamentos societários podem ser definidos como um grupo de sociedades "*economicamente unidas, segundo um 'princípio hierárquico' em que conservam sua própria personalidade moral sob a dominação, sob a direção comum, de um mesmo sujeito de direito*"¹⁰⁰ e que "*a sociedade controladora comanda o grupo, exercendo, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas; cada sociedade, entretanto, conservará personalidade e patrimônio próprios.*"¹⁰¹

Assim como em Portugal, também no Brasil é possível aferir a existência de grupos de sociedade constituídos de acordo com a lei, os chamados grupos de direito, bem como dos chamados grupos de fato, assim denominados aqueles em que o agrupamento de empresas não decorre de prévio acordo formal entre elas, mas geralmente do fato de que uma das sociedades possui um número relevante de ações que, como consequência, lhe atribui um poder sobre as demais.¹⁰²

⁹⁹ AMARAL NETO, FRANCISCO DOS SANTOS. *Os Grupos de Sociedades*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 47, Vol. II, setembro de 1987, p. 592. <<https://portal.oa.pt/upl/%7B7e8c1b6f-f1fc-49e3-8c0d-026c8e94166e%7D.pdf>> Acesso em 21.04.19.

¹⁰⁰ MARTINS, FRAN. *Grupo de Sociedades*, Revista dos Tribunais, Vol. 636, 1998, pp. 29/30.

¹⁰¹ MARTINS, FRAN. *Curso de Direito Comercial*, 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 413.

¹⁰² PEDREIRA, JOSÉ LUIZ BULHÕES. *Acordo de acionistas sobre o controle de grupo de sociedades*, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Vol. 15, São Paulo, 2002, p. 244.

Os grupos de direito serão, por sua vez, serão constituídos de acordo com a LBSA e o controle acionário e outras regras inerentes à sua atuação constarão de documento formal, aplicável a todas as integrantes do grupo.

Sobre a diferença entre os grupos de fato e de direito, MODESTO CARVALHOSA pontua que aqueles compõem "*um grupo econômico, não convencional, com efeitos jurídicos decorrentes do entrelaçamento dos patrimônios dessas mesmas sociedades. Formam, assim, uma entidade econômica de relevância jurídica. Diferentemente do grupo de sociedades, regido pelos arts. 265 a 279, que constitui uma entidade jurídica. A diferença fundamental entre uma e outra forma de concentração é que, no Capítulo XX, ora comentado, as sociedades envolvidas não estão sujeitas a convenção, diferentemente das regidas pelo Capítulo XXI, que se vinculam convencionalmente.*"¹⁰³

Fazendo referência ao fenômeno, o mesmo autor descreve que "[...] *as sociedades envolvidas mantêm sua identidade, e, assim, sua personalidade jurídica e seu patrimônio individualizado, formando, pela participação relevante no capital das sociedades envolvidas, um grupo societário de fato, e, assim, uma entidade econômica de relevância jurídica.*"¹⁰⁴

Vê-se, assim, que não há uma diferença relevante de conceitos entre a doutrina portuguesa e brasileira no que diz respeito aos grupos de empresas.

d. OS GRUPOS DE SOCIEDADE DE ACORDO COM O CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Como se viu, no direito português os grupos de sociedades estão regulamentados pelo CSC, de 1986, mais precisamente no seu Título VI, que trata das "*Sociedades Coligadas*".

Para o que importa neste trabalho, o direito português delimita quatro tipos de relações entre sociedades, das quais duas têm maior relevo no que tange à aplicação da Teoria do Grupo de Empresas, a saber: as sociedades em relação de domínio e as sociedades em relações de grupo. Diz-se isso porque na absoluta maioria dos estudos e julgados que tratam do tema está-se diante de um ou de outro.

¹⁰³ CARVALHOSA, MODESTO. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4º Vol., Tomo II, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 39/40.

¹⁰⁴ Op. Cit., pp. 11/12.

No entanto, por acreditar que não há impedimentos para aplicação da referida teoria a todas as quatro formas de coligação, trataremos brevemente das suas principais características, sem nos limitar às mais recorrentes.

i. *Sociedades em relação de simples participação*

Nos termos do art. 483º, nº1, do CSC, "[c]onsidera-se que uma sociedade está em relação de simples participação com outra quando uma delas é titular de quotas ou ações da outra em montante igual ou superior a 10% do capital desta, mas entre ambas não existe nenhuma das outras relações previstas no artigo 482.º", quais sejam, as sociedades em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo.

Nesse caso específico, não há uma relação de domínio ou subordinação entre uma sociedade e a outra, mas geralmente haverá um interesse econômico comum que, a meu ver, pode justificar, em casos específicos, a extensão dos efeitos da cláusula compromissória.

No entanto, não encontrei na jurisprudência portuguesa qualquer julgado nesse sentido.

Tal forma de coligação, como se verá, equivale à das sociedades coligadas regulamentadas pelo art. 243 da LBSA.

ii. *Sociedades em relação de participações recíprocas*

As sociedades em relação de participações recíprocas estão regulamentadas pelo art. 485º do CSC e são aquelas em que uma detém um determinado percentual de participação sobre a outra e ambas, portanto, participações recíprocas.

Não há equivalência de tal figura no direito brasileiro, eis que o art. 244 da LBSA veda de forma expressa esse tipo de coligação.

Segundo a lei portuguesa, sempre que o percentual de participação recíproca ultrapassar 10% do capital social, a sociedade detentora da parte excedente não poderá exercer os direitos inerentes a essas quotas (art. 485º, nº3, do CSC).

iii. *Sociedades em relações de domínio*

As sociedades em relações de domínio estão previstas no art. 486º do CSC e são aquelas em que uma das sociedades, conhecida como dominante, pode exercer direta ou indiretamente sobre a outra, dominada, uma "*influência dominante*".

Haverá uma influência dominante indireta sempre que tal influência for exercida por meio de outras sociedades ou pessoas dependentes da sociedade dominante ou que com ela mantenham uma relação de grupo.

A aferição da influência dominante depende do preenchimento de critérios objetivos, a saber: (i) detenção da participação majoritária no capital da sociedade dominada; (ii) disposição de mais da metade dos votos com relação à sociedade dominada; ou, ainda (iii) a possibilidade de designar "*mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização*" da sociedade dominada.

As hipóteses de presunção de domínio da lei portuguesa são, como se verá, maiores do que aquelas previstas na lei brasileira, eis que esta última não prevê a detenção da maior parte do capital social como um requisito para a existência de domínio de uma sobre a outra.

Tais requisitos, contudo, não são por si só determinantes para a extensão dos efeitos da cláusula compromissória mediante a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas.

iv. *Sociedades em relações de grupo*

As sociedades em relações de grupo estão regulamentadas em capítulo próprio no CSC e se dividem em: (i) grupos constituídos por domínio total (inicial ou superveniente), conforme arts. 488º e 489º; (ii) grupos paritários (art. 492º); e grupos de subordinação (art. 493º).

Os primeiros são formados por uma sociedade controladora que detém a integralidade do capital social da sua subsidiária. A relação de domínio total pode ser inicial ou superveniente, entendendo-se esta última como a decorrente da aquisição posterior da integralidade das quotas de determinada sociedade por uma de suas controladoras, que passa, portanto, a ser detentora de 100% do seu capital social.

A correspondência de tal figura no direito brasileiro é a denominada subsidiária integral, prevista no art. 251 da LBSA, como também, a empresa individual de responsabilidade limitada, regulamentada pelo art. 980-A do CCB.

No que diz respeito aos grupos paritários, dispõe o art. 492º do CSC que "*[d]uas ou mais sociedades que não sejam dependentes nem entre si nem de outras sociedades podem constituir um grupo de sociedades, mediante contrato pelo qual aceitem submeter-se a uma direcção unitária e comum.*"

Neste caso, não haverá uma relação de subordinação entre as sociedades integrantes do mesmo grupo, mas tão somente uma direcção comum e unitária. Estes equivalem, com as devidas ressalvas, à figura do consórcio, prevista no art. 278 da LBSA.

Por fim, a lei portuguesa prevê também a existência de grupos em relação de subordinação, onde uma ou mais sociedades podem, contratualmente, subordinar "*a gestão da sua própria actividade à direcção de uma outra sociedade, quer seja sua dominante, quer não.*" (art. 493º do CSC).

Note-se que não se exige, para a formação dos grupos de subordinação, que a empresa diretora seja também dominante na forma prevista pelo art. 486º, nº1, do CSC.

Contudo, caso a empresa diretora possua empresas a ela subordinadas, estas formarão, junto com as empresas dirigidas, um mesmo grupo de empresas (art. 486º, nº2, do CSC).

Disposição semelhante é a contida no art. 265 da LBSA, que, como se verá, disciplina o chamado "grupo de sociedades" no direito brasileiro.

e. OS GRUPOS DE SOCIEDADES CONFORME A LEI BRASILEIRA DE SOCIEDADES ANÔNIMAS (LEI Nº 6.404/1976)

Como vimos, embora a legislação brasileira permita de forma expressa a formação de grupos econômicos regulares, chamados de grupos de direito e com registro na Junta Comercial, na prática muitas empresas optam por se unir apenas no plano prático, formando os chamados grupos de fato.

Consequência disso é que nem a doutrina e nem a jurisprudência diferenciam, para fins de extensão dos efeitos da cláusula compromissória, a existência de um grupo de fato ou de direito. Isso porque, na prática, o principal elemento que revela a existência do grupo

é também aquele que justifica, em muitos casos, a extensão dos efeitos da cláusula arbitral, a saber: a unidade de interesse econômico.

Com efeito, para que a análise de direito comparado entre Portugal e Brasil seja a mais completa possível, convém delinear quais os tipos de grupos societários previstos na legislação brasileira, cuja lei classifica conforme estejam em relação de coligação ou controle e, ainda, do consórcio, modelo atípico de agrupamento societário e que, como já visto, encontra alguma semelhança com as sociedades em relação de grupo do direito português.

i. *Sociedades coligadas*

De acordo com o art. 243, §1º, da LBSA, "*são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa*". Complementando tal definição, os §§4º e 5º dispõem, respectivamente, que "*considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la*" e "*é presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la*".

Na redação original da LBSA, consideravam-se coligadas as sociedades quando uma delas participava com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la. Com a nova redação, contudo, o conceito de coligação passou a basear-se no critério da "influência significativa", isto é, uma noção subjetiva que deve ser examinada no caso concreto e que implica no "*poder de participar nas decisões financeiras e operacionais da investida, sem controlar de forma individual ou conjunta essas políticas*".¹⁰⁵

O CCB, em seu art. 1.099, manteve o critério antigo da LBSA, dispondo que "[d]iz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la."

As sociedades coligadas do direito brasileiro correspondem, assim, às sociedades em relação de simples participação do CSC.

¹⁰⁵ ELZIRIK, NELSON. *A Lei das S/A Comentada, Volume III, Artigos 189 a 300*, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 336.

Por fim, apenas para que não passe em branco essa exceção, explique-se que, embora o direito brasileiro não admita a participação recíproca entre as sociedades coligadas, pode acontecer que, em virtude de uma incorporação, fusão ou cisão, haja, temporariamente, uma participação recíproca. Tal situação, conforme art. 244, §5º, da LBSA, "*deverá ser mencionada nos relatórios e demonstrações financeiras de ambas as sociedades, e será eliminada no prazo máximo de 1 (um) ano; no caso de coligadas, salvo acordo em contrário, deverão ser alienadas as ações ou quotas de aquisição mais recente ou, se da mesma data, que representem menor porcentagem do capital social.*"

Não há, portanto, um correspondência no direito brasileiro às sociedades em relação de participações recíprocas do direito português.

ii. *Sociedades em relação de controle*

As sociedades em relação de controle da LBSA correspondem à sociedade em relação de domínio do CSC. O art. 243, §2º, da LBSA, dispõe que "*considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*"

O poder de controle, portanto, corresponde a uma situação de fato. Na prática, contudo, acabam exercendo o papel de controladoras as sociedades "*que detêm a maioria dos votos da sociedade controlada, que assegurem a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*"¹⁰⁶

iii. *Consórcio*

A figura do consórcio, que está prevista no art. 278 da LBSA e encontra alguma correspondência com as sociedades em relação de grupo do direito português, decorre de uma vontade comum de duas ou mais empresas, não necessariamente sob o mesmo controle, de executar determinado empreendimento. Os efeitos da constituição do consórcio se assemelham aos de uma fusão, mas prescindem de uma operação societária

¹⁰⁶ VIDO, ELISABETE. *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 44/45.

complexa e, ao mesmo tempo, mantêm a individualidade e independência patrimonial das sociedades.

Segundo NELSON ELZIRIK, "*o consórcio constitui um contrato de colaboração entre empresas, que concilia a manutenção da plena independência patrimonial de cada uma delas com a possibilidade de gestão conjunta de um empreendimento*".¹⁰⁷

Algumas características importantes do consórcio são: sua natureza de contrato plurilateral, visto que as consorciadas conjugam esforços e recursos com o objetivo de alcançar um fim comum; inexistência de personalidade jurídica, pois o consórcio não dispõe de patrimônio próprio, precisando, desta forma, que seja regulado no contrato a qual consorciada pertence cada um dos bens; e a impossibilidade de participação de pessoas físicas, visto que se trata de um contrato interempresarial. Ademais, importante destacar que a LBSA não exige que o consórcio seja integrado apenas por sociedades anônimas, possibilitando a participação de companhias e quaisquer outras sociedades interessadas.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Op. Cit., p. 554.

¹⁰⁸ Op. Cit., p. 559.

V. A TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS EM ÂMBITO GLOBAL

A Teoria do Grupo de Empresas, conhecida internacionalmente como *Group of Companies Doctrine*, surgiu, como ensina BERNARD HANOTIAU, em um contexto de amplo desenvolvimento das relações comerciais, onde as até então conhecidas formas de constituição das empresas sofreram significativas alterações:

"Given the increasing number and complexity of commercial transactions and of national and international groups of companies and the fact that for financial, tax or other commercial reasons, there is not always an identity between the individual(s) or company(ies) that has (have) signed the agreement and those that perform it, international arbitrators and national courts are more and more often confronted with the issue as to whether an arbitration agreement concluded by one individual or company may be extended or imputed to other non-signatory individuals or companies or states as additional claimants or defendants."¹⁰⁹

YVES DERAINS, citando DOMINIQUE HASCHER, afirma que "*a group of companies may be defined as an economic unit with an integrated management, beyond the legal personalities of the companies that belong to it. The economic reality is preferred to the legal organization, but only up to a point. There is no group of companies in the absence of distinct legal entities. This means that, if a branch of a company without legal personality signs an arbitration agreement, the party to that agreement will be the parent company and not the branch, whatever their respective economic size . It takes at least two companies to have a group of companies!*".¹¹⁰

Com efeito, mais de 40 anos após as primeiras decisões arbitrais que permitiram a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias com base na Teoria do Grupo de Empresas, ainda é diminuta a sua aceitação em âmbito global.

MANUEL PEREIRA BARROCAS, na sua obra *Lei de Arbitragem Comentada*, explica que a Teoria do Grupo de Empresas não foi acolhida por muitos países, mencionando que, em

¹⁰⁹ HANOTIAU, BERNARD. 'Chapter II: May an Arbitration Clause be Extended to Non-signatories: Individuals, States or Other Companies of the Group?', in Bernard Hanotiau, Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions, International Arbitration Law Library, Volume 14 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006), p. 49.

¹¹⁰ DERAINS, YVES. Chapter 7. Is there A Group of Companies Doctrine?, in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 7 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2010) p. 131.

um inquérito realizado para apurar a aplicação da referida teoria, somente a França, em 33 países pesquisados, a havia acolhido e aplicado.¹¹¹

Segundo o autor, que atribui à solução dada pela jurisprudência francesa um caráter "*imaginativo*", a justificativa para o acolhimento restrito da Teoria do Grupo de Empresas em âmbito global é a incidência do princípio da relatividade dos contratos, comum a muitos sistemas jurídicos.

Conclusão semelhante foi a que chegou JOSÉ LEBRE DE FREITAS, em artigo intitulado *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, o qual explica que a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros é comumente aceita em países como os Estados Unidos e a França, mas que não é essa a regra para muitos outros países.¹¹²

Necessária, contudo, a ressalva quanto ao fato de que, por ser a arbitragem, em regra, um procedimento sigiloso, não é possível realizar uma pesquisa mais profunda de sentenças arbitrais que discutam a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas.

Um dos primeiros casos conhecidos mundialmente pela aplicação da Teoria do Grupo de Empresas é o Caso n° 1434 da ICC, de 1975, que tratou especificamente de dois contratos celebrados entre uma empresa estatal e algumas empresas pertencentes a um mesmo grupo societário, bem como um dos principais conselheiros ("*director*") do grupo, pessoa física.

Uma vez que os contratos utilizavam termos genéricos para se referirem às empresas do mesmo grupo, não as tratando como pessoas jurídicas distintas pertencentes a uma mesma realidade econômica, o Tribunal Arbitral admitiu a extensão dos efeitos da cláusula compromissória às empresas do grupo não signatárias.

O argumento utilizado pelo Tribunal Arbitral foi o de que, no contexto em que foi celebrado o contrato – construção e operação de uma planta industrial –, era possível extrair (*i*) a intenção e espírito de todas as partes de participarem da operação como um

¹¹¹ BARROCAS, MANUEL PEREIRA. *Lei de Arbitragem Comentada*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 202.

¹¹² FREITAS, JOSÉ LEBRE DE. *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2010, p. 191.

todo, (ii) a atuação do principal conselheiro como representante do grupo como um todo e (iii) o fato de a parte contratada ser caracterizada como um grupo de empresas.¹¹³

No mesmo ano, no Caso ICC nº 2375, o Tribunal Arbitral estendeu os efeitos da cláusula compromissória assinada entre duas *holdings*, de dois grupos de empresas distintos, às suas subsidiárias que não assinaram a cláusula compromissória. Na ocasião, o Tribunal Arbitral entendeu que, embora as subsidiárias não tivessem participado formalmente da cláusula compromissória, elas estavam inequivocamente vinculadas ao acordo feito por suas controladoras.¹¹⁴

Por fim, não se pode deixar de mencionar o famoso Caso ICC nº 4131, de 1982, entre quatro empresas do grupo *Dow Chemical* e a empresa *Isover Saint Gobain* que, embora seja posterior aos casos acima mencionados, é tratado por muitos doutrinadores e Tribunais como um dos percussores quanto à aplicação da Teoria do Grupo de Empresas em âmbito mundial.

Neste último caso, das quatro empresas demandantes, todas pertencentes ao grupo *Dow Chemical*, apenas duas tinham efetivamente assinado a cláusula compromissória com a empresa requerida e, diante do quadro fático dos autos, o Tribunal Arbitral entendeu pela extensão dos efeitos da cláusula compromissória às duas outras demandantes.

Embora tenha admitido a extensão no caso específico, o Tribunal Arbitral destacou a existência de um outro precedente da mesma Câmara, Caso ICC nº 2138 de 1974, em sentido diverso, em que o Tribunal Arbitral entendeu que, da prova constante nos autos, não era possível aferir que a empresa não signatária da cláusula arbitral teria a ela aderido se fosse parte no contrato sob análise.¹¹⁵

A importância do Caso ICC nº 4131, a meu ver, reside no fato de que houve uma definição precisa do que se poderia entender como sendo um "grupo empresas", a qual é, até os dias de hoje, suscitada pela doutrina e jurisprudência internacionais, a saber: uma

¹¹³ HANOTIAU, BERNARD, *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties Issues - An Analysis*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2001, Volume 18 Issue 3), pp. 282/285.

¹¹⁴ Op. Cit., pp. 294/295.

¹¹⁵ <https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/> Acesso em 21.04.19.

única realidade econômica, embora formada por pessoas jurídicas com personalidades distintas.¹¹⁶

Além disso, um dos requisitos para a extensão dos efeitos foi, precisamente, a existência de relação de controle entre a *holding* e suas subsidiárias, o que é um importante indicativo da existência de consentimento por partes não signatárias no âmbito da Teoria do Grupo de Empresas, embora não o único.¹¹⁷

Com relação à jurisprudência portuguesa, ver-se-á que, somente muito recentemente passou-se a aceitar de maneira menos restrita a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros, principalmente quando tal extensão decorre da aplicação da Teoria do Grupo de Empresas.

¹¹⁶ <https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/> Acesso em 21.04.19.

¹¹⁷ <https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/> Acesso em 21.04.19.

VI. A TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS EM PORTUGAL

Como já se adiantou, a Teoria do Grupo de Empresas não possui ampla aceitação em Portugal. A bem da verdade, até muito recentemente a doutrina se utilizava de um único precedente, o Acórdão STJ nº 3539/08.6TVLSB.LL.S1, como paradigma da jurisprudência portuguesa a respeito da referida teoria. Em tal julgado, como se verá, o Supremo Tribunal de Justiça negou a extensão dos efeitos da cláusula compromissória.

No entanto, em acórdão proferido no início deste ano, de Relatoria do Conselheiro ACÁCIO DAS NEVES, o Supremo Tribunal de Justiça demonstrou que há sim espaço para aplicação da Teoria do Grupo de Empresas em Portugal, o que, como será melhor exposto ao final deste trabalho, pode ser visto como um reflexo do crescente desenvolvimento econômico pelo qual o país passa e da mudança do pensamento da doutrina que, até então, era extremamente conservadora, mas passa agora por uma significativa e necessária renovação.

a. O ENTENDIMENTO DA DOUTRINA

Grande parte dos doutrinadores portugueses não demonstra simpatia com relação à aplicação da Teoria do Grupo de Empresas.

Em obra elaborada ainda sob a vigência da Lei nº 31/86,¹¹⁸ RAUL VENTURA atrelou a impossibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória ao grupo de empresas à ausência de personalidade jurídica do grupo e, portanto, à ausência de capacidade jurídica do mesmo para celebrar a cláusula compromissória.

Segundo o autor, não há previsão legal que permita a uma sociedade participante ou dominante sobre outra a celebração de negócio jurídico em nome, em representação ou por conta da outra. Isso porque "[a]s sociedades que entre si tenham estabelecido relações de grupo

¹¹⁸ VENTURA, RAUL. *Convenção de Arbitragem*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Vol. II, setembro de 1986. <<https://portal.oa.pt/upl/%7B1fb76b36-575c-4576-8102-6b41e874c208%7D.pdf>> Acesso em 21.04.19.

mantêm as suas próprias e inconfundíveis personalidades jurídicas, bem como os seus próprios órgãos de administração e representação."¹¹⁹

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, embora não se oponha à extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos casos de transmissão das situações de direitos substantivos (por exemplo, cessão da posição contratual, cessão do contrato, cessão do direito de crédito, assunção de dívida e sub-rogação), manifesta-se contrariamente à extensão subjetiva da cláusula compromissória no caso de grupo de sociedades, ainda que as sociedades para às quais se pretende a extensão "*tenham tido um papel essencial na decisão de celebrar uma convenção que não assinaram ou no cumprimento do contrato em que ela foi inserida*".¹²⁰

Para o autor, somente se justificaria a extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos casos de abuso de direito e atuações contrárias à boa-fé, o que, como já se viu, ultrapassa o objeto desta dissertação, por guardar relação com às teorias como *Stoppel* e *Piercing The Corporate Veil Doctrine*.¹²¹

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, na sua obra *Tratado da Arbitragem*, manifesta-se no mesmo sentido, quando, comentando o art. 36º da LAV, afirma que "[p]ela nossa parte: a responsabilidade de uma sociedade por obrigações de outra põe-se no âmbito da responsabilidade por dívidas. Mais longe do que isso e ao ponto de permitir a inclusão em convenções de arbitragem em que ela não seja parte: apenas muito apertadamente, ex bona fide e nos casos que justifiquem o levantamento." ¹²²

É diverso, contudo, o posicionamento de ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO e JOÃO TORNADA, os quais destacam ser relevante, acima de tudo, o consentimento do terceiro à convenção de arbitragem e, portanto, a sua vinculação, afastando-se a necessidade de que haja efetiva subscrição à cláusula compromissória.¹²³

¹¹⁹ VENTURA, RAUL. *Convenção de Arbitragem*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Vol. II, setembro de 1986, p. 312. <<https://portal.oa.pt/upl/%7B1fb76b36-575c-4576-8102-6b41e874c208%7D.pdf>> Acesso em 21.04.19.

¹²⁰ FREITAS, JOSÉ LEBRE DE. *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 191/196.

¹²¹ Op. Cit., pp. 195/196.

¹²² Op. Cit., p. 342.

¹²³ MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO e TORNADA, JOÃO. *A Intervenção de Terceiros na Arbitragem: alguns problemas. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto de 8 de março de 2016*, in Revista PLMJ Arbitragem, nº 1, novembro de 2017, pp. 23 e 28. <https://issuu.com/plmj/docs/revista_20plmj_20arbitragem> Acesso em 21.04.19.

Nesses casos, defendem os autores que o terceiro é, na verdade, um falso terceiro, e que não há uma real extensão dos efeitos da convenção de arbitragem, já que o terceiro está efetivamente vinculado a ela.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JORGE MORAIS CARVALHO, embora se referindo a um caso que tratava da possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória ao Governo Paquistânês como decorrência da dissolução de um *trust* por ele instituído – que não trata, portanto, especificamente da Teoria do Grupo de Empresas –, defenderam ser possível tal extensão.

Nesse contexto, os professores explicam que, se, mediante a aplicação dos princípios gerais de interpretação dos contratos se puder inferir da relação contratual como um todo, nomeadamente dos documentos escritos dela resultantes, que houve a efetiva vinculação de sociedades que não subscreveram a cláusula compromissória aos termos do contrato, será admitida a extensão dos seus efeitos às partes que não a subscreveram.¹²⁴

O jurista MANUEL PEREIRA BARROCAS é também favorável à extensão dos efeitos da cláusula compromissória mesmo na ausência de manifestação expressa nesse sentido. Segundo ele, "[t]em-se entendido que, em obediência a elementares princípios de justiça ligados à necessidade de conferir eficácia à arbitragem no tratamento de certas situações especiais, particularmente evidentes na arbitragem internacional, a participação de certos terceiros na arbitragem mesmo que não tenham pessoalmente emitido uma declaração negocial, por escrito, da sua adesão à arbitragem, fizeram-no de forma implícita ou tácita, quer através da sociedade do grupo que firmou a convenção de arbitragem, quer através da entidade alter ego."¹²⁵

CARLA GONÇALVES BORGES, em artigo intitulado *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, compartilha do entendimento da doutrina mais recente, segundo o qual deve ser superado o pensamento da doutrina consensualista clássica portuguesa no sentido de que a Teoria do Grupo de Empresas não é compatível com o ordenamento jurídico português:

¹²⁴ GOUVEIA, MARIA FRANÇA e CARVALHO, JORGE MORAIS. *Arbitragens complexas: questões materiais e processuais*, in: Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano IV, Almedina, 2011, p. 131 e GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 168/169.

¹²⁵ BARROCAS, MANUEL PEREIRA. *Lei de Arbitragem Comentada*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 204.

"Por último, tendo-se feito o estudo da viabilidade de aplicação, no sistema jurídico português, de soluções encontradas para a intervenção de terceiros na jurisprudência arbitral internacional, chegámos à conclusão de que a tese consensualista clássica da convenção de arbitragem, ainda hoje dominante da comunidade jurídica portuguesa, pode ser posta em causa. [...]

Assim, partindo dessa percepção de que, afinal, a delimitação subjetiva da convenção de arbitragem pode não ser tão rígida como tradicionalmente vem sendo sustentada, pode mais facilmente admitir-se a possibilidade de surgirem, nos tribunais arbitrais e judiciais portugueses, decisões como algumas citadas neste estudo, em que terceiros em relação à convenção de arbitragem – porque não a assinaram, porque não participaram da sua negociação, etc. – são efetivamente chamados a participar da acção daí resultante."¹²⁶

A autora conclui afirmando que o debate sobre a extensão dos efeitos da cláusula compromissória é importante na comunidade portuguesa não somente para que se encontrem soluções para os problemas relacionados à extensão, mas também como forma de definir qual será o papel verdadeiramente assumido pela arbitragem em Portugal. Ou seja, se será ou não consolidada como um efetivo meio alternativo de resolução de litígios.

Particularmente, concordamos com esse último entendimento, na medida em que a admissão da extensão dos efeitos da cláusula compromissória não é, pura e simplesmente, uma questão de interpretação do negócio jurídico, mas também de um contexto econômico.

Com efeito, não são raros os casos em que a interpretação excessivamente restritiva feita por alguns Tribunais para a não extensão dos efeitos da cláusula compromissória decorre da premissa de que, ao aderirem à convenção de arbitragem, as partes estão renunciando a um direito essencial de acesso à justiça.

Ora, se a arbitragem é um meio alternativo de resolução de litígios cuja constitucionalidade já foi há muito reconhecida, se os princípios aplicados ao procedimento arbitral são praticamente os mesmos dos aplicados ao processo civil e, ainda, se a sentença arbitral possui, nos termos da lei, a natureza de título judicial, não há porque se insistir na ideia de que a parte será prejudicada se, ao invés de litigar em um Tribunal Judicial, for submetida à arbitragem.

¹²⁶ Op. Cit., p. 150.

Conquanto a doutrina portuguesa esteja caminhando para um pensamento mais moderno e receptivo no que tange à aplicação da Teoria do Grupo de Empresas na arbitragem, o mesmo não se pode dizer dos Tribunais Portugueses. Isso porque na pesquisa realizada para a elaboração deste trabalho encontramos apenas um julgado, extremamente recente, que admitiu a aplicação da referida teoria.

Nada obstante, não se pode deixar de destacar a relevância de tal julgado, que será oportunamente tratado, como um indicativo de que os Tribunais Portugueses tendem a prestigiar, cada vez mais, o instituto da arbitragem.

b. CASOS PRÁTICOS

A fim de ilustrar o que vem sendo exposto neste trabalho, faço aqui referência a dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, os quais, a meu ver, são emblemáticos no que tange à mudança da interpretação da LAV e ao crescente prestígio do instituto da arbitragem em Portugal.

Após analisar atentamente ambos os julgados, faremos uma análise crítica sobre a diferença de entendimentos e buscaremos compreender quais os requisitos exigidos atualmente pela jurisprudência portuguesa para permitir a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros mediante a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas.

i. Acórdão STJ nº 3539/08.6TVLSB.LL.S1

Datado de 09.08.11,¹²⁷ de Relatoria do Conselheiro JOÃO BERNARDO, o acórdão trata de uma relação comercial estabelecida em 2003, via contrato de agência – também conhecido como contrato de representação comercial –, entre uma sociedade com sede em Portugal e uma sociedade com sede na Dinamarca.

¹²⁷ Acórdão STJ nº 3539/08.6TVLSB.LL.S1 do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro Relator JOÃO BERNARDO, julgado em 09.08.11. <<http://www.dgsi.pt/istj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e59baf89b309400a8025790b0035c5d6?OpenDocument>> Acesso em 21.04.19.

Nos termos da cláusula 37^a do referido contrato, quaisquer litígios relacionados àquele instrumento deveriam ser resolvidos de acordo com a Lei Dinamarquesa e na Câmara de Arbitragem Se-og Handelsretten, em Copenhagem.

Ocorre que, alguns meses após a celebração do contrato, a sociedade Dinamarquesa enviou uma carta à sociedade Portuguesa determinando que ela passasse a faturar os serviços de representação comercial em favor de uma terceira sociedade, subsidiária da Dinamarquesa e com sede em Portugal, a qual seria também a responsável por pagar as comissões à sociedade Portuguesa.

Em comunicação enviada em 31.12.06, a sociedade Dinamarquesa pôs fim à relação contratual com a sociedade Portuguesa, o que ensejou o ajuizamento de uma ação judicial por esta última, tendo sido incluídas no polo passivo da demanda a sociedade Dinamarquesa, a sua subsidiária Portuguesa e, ainda, uma terceira sociedade do mesmo grupo.¹²⁸

Em contestação, as rés suscitarão a existência da cláusula compromissória via exceção de preterição de tribunal arbitral, na qual todas confirmaram a existência de relação comercial com a sociedade Portuguesa e pleitearam que o conflito fosse dirimido pela via arbitral.

Em primeira instância, foi acolhida a exceção de preterição do tribunal arbitral, mas nada foi dito acerca do fato de a cláusula compromissória ter sido celebrada tão somente entre as *holdings* Portuguesa e a Dinamarquesa. Quanto à terceira sociedade, que também era subsidiária da sociedade Dinamarquesa, o juiz de primeiro grau entendeu que ela seria parte ilegítima para figurar na demanda já que não participou, em momento algum, da relação material controvertida, o que foi confirmado em segundo grau de jurisdição.

¹²⁸ O fundamento utilizado pela sociedade Portuguesa para ajuizar a ação judicial ao invés de instaurar a arbitragem foi a alegada indisponibilidade do direito à indenização por clientela por ela requerido, o que impediria que tal pedido fosse feito em sede arbitral, o que foi rechaçado pelo Tribunal da Relação de Lisboa: "*Repare-se que a inderrogabilidade do direito acutelada pelo art. 19º da Directiva apenas vigora até ao momento da cessação do contrato, expressão que iniludivelmente antecipa a livre disponibilidade do direito depois desse momento. Insista-se: a irrenunciabilidade antecipada do direito de indemnização do agente não gera a sua indisponibilidade absoluta, sendo válida convenção arbitral destinada a resolver futuros e eventuais litígios decorrentes da execução ou da cessação do contrato de agência.*"

O Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de Relatoria do Conselheiro ABRANTES GERALDES,¹²⁹ confirmou a sentença de primeiro grau com relação à sociedade Dinamarquesa e à terceira ré, mas reformou a questão com relação à subsidiária portuguesa da sociedade Dinamarquesa.

Com relação à subsidiária Portuguesa da empresa Dinamarquesa – que, como visto, era a responsável pelo pagamento e titular das faturas emitidas pela sociedade Portuguesa –, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que ela não seria parte legítima para figurar na arbitragem, devendo ela ser mantida no polo passivo da demanda judicial.

Naquela oportunidade, o Conselheiro ABRANTES GERALDES, fazendo referência expressa a LEBRE DE FREITAS, reconheceu que o fato de as sociedades estarem em relação de grupo poderia implicar na ampliação subjetiva da cláusula, mas deixou claro que não era esse o seu entendimento:

"3.3. O facto de as RR. se encontrarem numa relação de grupo também não basta para estender às sociedades não outorgantes a convenção arbitral.

É verdade que, noutras latitudes, tal circunstância tem servido para justificar a ampliação subjectiva da convenção arbitral, como dá nota Lebre de Freitas.[2] Mas trata-se de uma questão cuja solução que não é pacífica, como o revela a discussão surgida em seu redor. Além disso, mesmo para quem defende essa solução, a extensão subjectiva da convenção arbitral não funciona de forma automática, pressupondo que a sociedade “não signatária tenha participado na negociação e no cumprimento do contrato, relevando, além disso, a intenção das partes, maxime da parte contrária no acto da celebração” (França)."

O Supremo Tribunal de Justiça, em sede de Recurso de Revista, confirmou o entendimento esposado pelo Tribunal da Relação de Lisboa. No acórdão, ora sob análise, foram destacados os seguintes fundamentos para justificar a não extensão dos efeitos da cláusula compromissória: (i) o art. 406 do Código Civil Português ("*em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos em lei*"); (ii) a inexistência de previsão na LAV que estenda a terceiros os efeitos da cláusula compromissória;¹³⁰ (iii) o

¹²⁹ Apelação nº 3539/08.6TVLSB.L1-7, Relator ABRANTES GERALDES, J. 01.11.11. <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/33467152cee0e24b802578370050a826?OpenDocument>>

¹³⁰ Com relação à LAV, o acórdão inclusive destaca que no texto legal há diversas menções à palavra "partes", o que, segundo o Supremo Tribunal de Justiça, traz "*a ideia de sinal contrário ao da extensão subjectiva da convenção. Tudo parece 'fechado' subjectivamente tendo como conteúdo uma e a outra parte.*" (<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e59baf89b309400a8025790b0035c5d6?OpenDocument>>)

fato de a sociedade Dinamarquesa e a sua subsidiária Portuguesa integrarem o mesmo grupo empresarial e o fato de uma ter auxiliado a outra, direta ou indiretamente, na execução do contrato ou nas negociações, *não são relevantes*; e (iv) por não estarem presentes no caso as figuras da cessão da posição contratual, da cessão de créditos e da adesão ao contrato, as quais justificariam a aplicação dos efeitos da cláusula compromissória à sociedade subsidiária.

Parece claro, portanto, que o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, ora comentado, ignorou os efeitos da Teoria do Grupo de Empresas e a sua aplicação no direito português.

Tal conclusão decorre não apenas do fato de o Supremo Tribunal de Justiça ter reconhecido a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória somente nos casos de cessão da posição contratual, cessão de créditos e adesão ao contrato, mas principalmente porque, pela leitura do acórdão, fica claro que foram identificados os principais elementos que permitiriam, naquele caso, a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas, quais sejam: (i) duas ou mais empresas do mesmo grupo; (ii) com interesses económicos convergentes; e (iii) aceitação tácita da cláusula compromissória verificada pelo comportamento da parte não signatária com relação ao contrato no qual ela está inserida.

ii. *Acórdão STJ nº 28/14.3TBOHP.C1.S1*

Datado de 15.01.19, de Relatoria do Conselheiro ACÁCIO DAS NEVES,¹³¹ o acórdão trata de uma relação comercial formada, originariamente, entre uma sociedade Egípcia com sede no Cairo e uma sociedade Portuguesa. Em síntese, em 17.09.08, as referidas sociedades celebraram um Acordo – Quadro ("*Frame Work Agreement*"), por meio do qual estabeleceram, dentre outras premissas, que, para operacionalizar o acordo, constituiriam duas subsidiárias (empresas-veículo), uma egípcia e uma portuguesa.

A operação comercial em si funcionaria da seguinte forma: a empresa portuguesa comercializaria determinados produtos e a empresa egípcia seria a responsável por encomendar tais produtos dos respectivos fabricantes. Os fabricantes entregariam os

131

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/78002523315a02ba8025838300515502?OpenDocument>>

produtos à empresa egípcia que, por sua vez, emitiria a fatura em nome da empresa portuguesa e enviaria os produtos para serem comercializados por ela. Após receber os produtos da empresa egípcia, a empresa portuguesa emitiria as faturas em nome dos clientes e enviaria os produtos aos clientes finais. O acordo teria vigência por 10 anos e no decorrer da relação comercial outras empresas-veículo foram constituídas apenas para operacionalizá-lo.

Estabeleceu-se, ainda, que qualquer litígio entre as partes decorrentes do referido acordo seria resolvido por arbitragem, de acordo com o regulamento do Centro de Arbitragem Comercial Internacional do Cairo, na cidade do Cairo e em língua inglesa.

No final de 2012 as empresas *holdings* passaram a se desentender, o que ensejou o ajuizamento de uma ação declaratória pela sociedade *holding* portuguesa e sua subsidiária contra a sociedade *holding* egípcia e sua subsidiária.

As rés suscitarão a incompetência absoluta do tribunal judicial em razão da existência de cláusula compromissória, o que foi acolhido pelo juiz de primeiro grau. As autoras interpuseram recurso de apelação, o qual foi parcialmente acolhido pelo Tribunal da Relação de Coimbra para manter a absolvição de instância com relação à *holding* egípcia e revogar a sentença na parte que absolveu de instância a sua subsidiária, mantendo-a, portanto, como parte na ação.

O Supremo Tribunal de Justiça, em sede de Recurso de Revista – a nosso ver corretamente – decidiu por reformar o acórdão e manter a sentença de primeiro grau. Como muito bem destacado pelo Conselheiro ACÁCIO DAS NEVES, o fato de as sociedades subsidiárias não terem participado formalmente do acordo celebrado entre as *holdings* não impede que tal acordo, inclusive a cláusula compromissória nele contida, seja eficaz com relação a elas:

"É certo que a 2ª autora (CC) e a 2ª ré (EE) não tiveram intervenção no acordo em questão (a que de se refere o documento 6 junto com a p.i.), da mesma forma que a denominação das mesmas nem sequer corresponde à das novas sociedades que aí era previsto virem a ser criadas.

Todavia, tal não impede que o acordo em questão, e por consequência a cláusula arbitral (7ª), seja eficaz em relação a terceiros, e in casu, a tais partes, à luz do nº 2 do art. 406º do C. Civil ("nos casos e termos especialmente previstos na lei"), com base no disposto no nº 1 do art. 217º do mesmo diploma, ou seja, conforme salienta a 1ª instância, com base na "extensão da eficácia dessa cláusula a um

terceiro se os signatários o consentirem e o terceiro aderiu (expressa ou tacitamente) à convenção arbitral”.

No acórdão, destacou-se que a manifestação de vontade pode ser expressa ou tácita e que, no caso, o comportamento assumido pelas partes demonstrou que ambas as sociedades subsidiárias aceitaram e aderiram tacitamente à cláusula compromissória.

Para tanto, destacou-se que (i) é no acordo celebrado entre as *holdings* que se baseia toda a relação comercial das suas respectivas subsidiárias; (ii) o acordo previu expressamente a formação de dois grupos empresariais liderados pelas *holdings* e dos quais fazem parte as subsidiárias incluídas na ação; e (iii) o fato de a subsidiária egípcia suscitar a preterição do tribunal arbitral com base na cláusula compromissória celebrada pela *holding* egípcia é demonstração inequívoca de sua adesão à referida cláusula.

c. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Não é novidade para ninguém que, durante anos, Portugal enfrentou uma grave crise econômica, a qual ainda produz reflexos no país, embora em pequenas proporções.

Falando por experiência própria, durante as aulas de Direito da Insolvência no curso de mestrado, a crise portuguesa foi amplamente debatida, o que me fez ter uma ideia mais clara do quanto o momento econômico vivido por cada país influencia na interpretação e aplicação da lei.

Da mesma forma, um sistema jurídico ineficiente tem influência negativa direta na economia e pode ser um dos grandes empecilhos para o desenvolvimento econômico de uma forma geral.

E foi num contexto de grave crise econômica que, em Portugal, foi aprovada a LAV, a qual, sem sombra de dúvidas, foi um dos mecanismos utilizados pelo Governo Português para tentar acelerar a marcha econômica do país.

Com efeito, em 17.05.11, mesmo ano em que foi aprovada a LAV, foi assinado o Memorando de Políticas Econômicas e Financeiras¹³² entre o Governo Português, o Banco Central Europeu, o Fundo Monetário Internacional e a Comissão Europeia, o qual

¹³² Memorandum of Economic and Financial Policies (MEFP)
<<https://www.imf.org/external/np/loi/2011/prt/por/051711p.pdf>>

continha a descrição das políticas que o Governo Português pretendia implementar no contexto do suporte financeiro por ele pleiteado ao Fundo Monetário Internacional, estimado em EUR 78 bilhões.¹³³

Pelo referido memorando, foram sugeridas diversas reformas judiciais e reconhecido que "[o]s *actuais procedimentos judiciais morosos associados a um elevado número de acções pendentes impedem o funcionamento eficaz do mercado em vários sectores.*"

Nesse contexto, dentre as medidas que deveriam ser adotadas pelo Governo Português estava a aprovação da LAV.¹³⁴

É evidente, portanto, que a interpretação da LAV não pode estar totalmente dissociada do contexto econômico em que ela foi inserida, da mesma forma que o desenvolvimento do país como um todo deve, necessariamente, influenciar na sua aplicação.

Se, em um primeiro momento, a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas foi descartada pelos Tribunais Portugueses por se entender que não fazia sentido, à época e naquela conjuntura, a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias, tal entendimento deve ser revisto na medida em que, economicamente, o país mudou.

Deve ser, portanto, posto de lado o pensamento conservador da doutrina que coloca o princípio da relatividade dos contratos como empecilho à extensão dos efeitos da cláusula compromissória e, ainda, entende que a submissão à arbitragem é resultado de uma suposta renúncia ao princípio do acesso à justiça.

¹³³ "We estimate that the support needed for our external financing will be around €78 billion over the next three years" - <https://www.imf.org/external/np/loi/2011/prt/051711.pdf>

¹³⁴ "48. A Resolução Alternativa de Litígios (RAL) será fortalecida para facilitar a resolução extrajudicial de litígios. Iremos aprovar a Lei de Arbitragem Voluntária até finais de Setembro 2011. Iremos tomar todos os passos necessários a nível legal, administrativo e outros para tornar a arbitragem nas acções executivas completamente operacional até fins de Fevereiro 2012, por forma a facilitar a resolução dos casos pendentes e a resolução extrajudicial de litígios (benchmark estrutural). O regime de Julgados de Paz será optimizado aumentando a sua capacidade para julgar processos envolvendo pequenos montantes até fins de Março 2012. Para reforçar significativamente a RAL, adoptaremos, até fins de 2011, medidas nos tribunais para dar prioridade aos casos que recorram à RAL."

A LAV foi editada justamente para prestigiar a arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios e é uma ferramenta de efetivação de direitos e não de renúncia a direitos.

Concordamos, portanto, com o entendimento exposto pelo Supremo Tribunal de Justiça no julgado mais recente que, finalmente, prestigiou a edição da LAV e o uso da arbitragem em Portugal sem, contudo, mitigar qualquer outro direito previsto na legislação portuguesa.

VII. A TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO

a. O ENTENDIMENTO DA DOUTRINA

Assim como em Portugal, há na doutrina brasileira entendimentos contra e a favor da extensão dos efeitos da cláusula compromissória mediante a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas.

CARLOS ALBERTO CARMONA, que foi um dos autores da LAB, entende que não há espaço para a aplicação da teoria no Brasil, já que "[o] *efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido*". Para o autor, é necessária a demonstração "*clara e inequívoca vontade dos contratantes de entregar a solução do litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros*."¹³⁵

Nessa mesma linha, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR defende que a convenção arbitral somente produz efeitos entre as partes que a firmaram e que, se o "*terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tornará possível se ele consentir em aderir ao compromisso. Havendo, pois, recusa de sua parte o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual*." Para os casos em que há litisconsórcio necessário e somente uma das partes é signatária da cláusula compromissória, o doutrinador entende, inclusive, que caberá ao árbitro encerrar o procedimento arbitral, sem julgamento do mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem, remetendo, portanto, o litígio ao Judiciário.¹³⁶

Em obra intitulada *A Extensão da Cláusula Compromissória a Partes Não Signatárias no Direito Brasileiro*, FLÁVIO PEREIRA LIMA e DANIEL CALHMAN MIRANDA afirmam que é indispensável a existência de "*clara e inequívoca demonstração de que as partes manifestaram sua*

¹³⁵ CARMONA, CARLOS ALBERTO. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo: Altas, 2009, p. 83.

¹³⁶ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros*, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Vol. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2001, pp. 378/379.

*intenção de submeter o litígio à arbitragem, sob pena de, na ausência de tal manifestação de vontade, a sentença arbitral não ser reconhecida pela justiça estatal brasileira.”*¹³⁷

SELMA LEMES, que também participou da redação da LAB, demonstra ter um entendimento menos restritivo e entende que a adoção das teorias que admitem a extensão dos efeitos da cláusulas compromissória a terceiros *"permite um tratamento evolutivo ao conceito de cláusula compromissória"*. Segundo ela, no entanto, é necessária uma análise adequada da extensão, já que *"[s]ó se submete à arbitragem quem a ela consentiu de modo expresse, admitindo-se também a forma tácita, mas diante de situações inequívocas demonstradas por atos e ações em consentir."*¹³⁸

ARNOLDO WALD, que, além de ser um dos principais juristas brasileiros é também membro da ICC, defende, há muito, a possibilidade de aplicação da Teoria do Grupo de Empresas no Brasil. Para ele, a extensão dos efeitos da cláusula compromissória se justifica principalmente diante da incidência, no direito brasileiro, do princípio da boa-fé que, como vimos, está expreso no art. 113 do CCB.¹³⁹

O professor entende, contudo, que é necessária, além da existência do grupo de empresas, a presença de um dos seguintes requisitos: *"a) a sociedade tem que ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo no qual constava a cláusula compromissória; b) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou passivamente, na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória; c) a sociedade tem que ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico."*¹⁴⁰

GUSTAVO TEPEDINO, que é, atualmente, um dos grandes defensores da aplicação da referida teoria no Brasil, é categórico ao afirmar que *"a previsão de forma escrita para a convenção arbitral não constitui óbice à sua extensão a partes não signatárias no âmbito do grupo de*

¹³⁷ LIMA, FLÁVIO PEREIRA e MIRANDA, DANIEL CALHMAN. *A Extensão da Cláusula Compromissória a Partes Não Signatárias no Direito Brasileiro*, in *Arbitragem no Brasil*, Vol. I, São Paulo: Imprensa Régia, 2010, p. 18.

¹³⁸ LEMES, SELMA MARIA FERREIRA. *Ação de Anulação de Sentença Arbitral – Comentários à sentença proferida no proc. 0012802-40.2011.8.26.0068 – 4.ª Vara Cível de Barueri*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 10, nº 39, outubro/dezembro de 2013, p. 281.

¹³⁹ WALD, ARNOLDO. *A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos*, in *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, Ano 1, Vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 2014, pp. 31/59.

¹⁴⁰ Op. Cit., p. 36.

sociedades."¹⁴¹ Segundo o jurista, há outros elementos que possuem mais peso do que a assinatura da cláusula compromissória que devem ser considerados, como, por exemplo, a participação da sociedade do grupo de empresas que não assinou a cláusula ao longo da execução do contrato.

A conclusão à qual chegou GUSTAVO TEPEDINO, com a qual concordamos, é que *"verificando-se, no caso concreto, grupo societário, no qual várias sociedades integrantes tenham participado ativamente da contratação, quer seja na celebração, quer na execução, torna-se possível que todas se vinculem ao mesmo procedimento, sem ser fundamental que todas tenham assinado o contrato que prevê a cláusula compromissória."*¹⁴²

Por fim, não se pode deixar de mencionar o entendimento do respeitado advogado brasileiro LEONARDO DE CAMPOS MELO, que dedicou sua monografia a comentar o precedente da ICC, já citado, da *Dow Chemical*, e que afirma que *"a existência de grupo de sociedades poderá auxiliar o intérprete a identificar, com apoio na prova produzida na arbitragem - e sempre com o devido cuidado -, a efetiva vontade das partes signatárias e não signatárias, manifestada por meio de seu comportamento, de se sujeitarem à mesma cláusula compromissória."*¹⁴³

Vê-se, pois, que embora a letra crua da LAB aparente ser restritiva, importantes juristas brasileiros entendem que, em determinadas situações, é admissível a extensão dos efeitos da cláusula compromissória com base na Teoria do Grupo de Empresas. Note-se, aliás, que não é a mera existência do grupo econômico que justifica, segundo a melhor doutrina, a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não-signatárias. É, essencialmente, a existência de um consentimento tácito somado à unidade de interesse econômico, que justifica essa extensão.

¹⁴¹ TEPEDINO, GUSTAVO. *Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades*, in Tepedino, Gustavo; Fachin, Luiz Edson (orgs.). *Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, 2011, vol. VI, p. 9/26.

¹⁴² Op. Cit., p. 9/26.

¹⁴³ MELO, LEONARDO DE CAMPOS. *Extensão da Cláusula Compromissória e Grupos de Sociedades – A Prática CCI e sua Compatibilidade com o Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 125/129.

b. CASOS PRÁTICOS

No Brasil, o primeiro julgado emblemático acerca da aplicação da teoria do grupo de empresas ficou conhecido como *Caso Trelleborg*¹⁴⁴ e data de quase uma década após a publicação da LAB.

Naquela ocasião, em ação ajuizada pela empresa brasileira *Anel Empreendimentos Participações e Agropecuária Ltda.*, com fundamento no art. 7º da LAB, a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu ser possível a extensão dos efeitos da cláusula compromissória celebrada pela *holding* brasileira, *Trelleborg do Brasil*, à empresa estrangeira controladora do grupo, *Trelleborg Industri AB*, ambas rés na demanda.

Esclareça-se, contudo, que o fundamento utilizado para justificar a extensão dos efeitos da cláusula compromissória não dizia respeito especificamente à relação de controle entre a empresa estrangeira e a sua controlada brasileira, mas principalmente à participação ativa da controladora estrangeira no negócio entabulado entre a *holding* brasileira e a *Anel Empreendimentos* e que deu causa ao litígio.

Dentre os principais fatos que ensejaram a extensão dos efeitos, destacam-se: (i) a participação da controladora estrangeira como figurante em Carta de Intenção firmada entre a sua controlada e a autora ação; (ii) o envio de cartas pela controladora estrangeira demonstrando o interesse na efetivação de negócio; e, posteriormente, (iii) a participação efetiva da controladora estrangeira no procedimento arbitral iniciado pela credora, *Anel Empreendimentos*.

Embora tal precedente seja considerado um dos pioneiros e não se negue a sua relevância até os dias de hoje, entendemos que do seu conteúdo não se extrai com precisão os fundamentos jurídicos que justificam a extensão dos efeitos da cláusula compromissória com base na Teoria do Grupo de Empresas, razão pela qual a nossa análise irá se basear em julgados mais recentes, conforme abaixo.

¹⁴⁴ Apelação nº 9193203-03.2002.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Des. Rel. CONSTANÇA GONZAGA. J. 31.05.06.

i. *Acórdão TJSP - Apelação nº 0035404-55.2013.8.26.0100 – GP Partners*

Em 2015, o TJSP julgou apelação interposta pelas empresas *GP Capital Partners* e *Smiles* contra sentença que julgou improcedente o pedido de anulação de sentença arbitral fundado, dentre outras coisas, na ausência de consentimento das autoras com relação à cláusula compromissória subscrita pelas empresas *Almeria*, *Baladare* – esta na qualidade de interveniente anuente –, *Imbra* e pelos dois então controladores, pessoas físicas, desta última.

As autoras da demanda, explique-se, eram controladoras indiretas da empresa *Almeria*, que adquiriu as ações de controle da *Imbra*. A *Baladare* era a controladora direta da *Almeria*. Em síntese, discutiu-se a legitimidade das controladoras indiretas para figurarem no polo passivo da arbitragem, tendo em vista que não subscreveram a cláusula compromissória.

Em acórdão de relatoria do eminente Desembargador MANOEL PEREIRA CALÇAS, um dos mais renomados magistrados brasileiros, foi rejeitada a alegação de ilegitimidade suscitada pelas controladoras indiretas.

O caso envolveu a atuação de grandes advogados brasileiros e foram apresentados pareceres de autoria dos conceituados juristas CARLOS ALBERTO CARMONA, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e FÁBIO ULHOA COELHO, sendo que os dois primeiros defenderam a impossibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória e o último se manifestou favoravelmente à extensão.

No aresto, o TJSP destacou que o simples fato de as controladoras e as subscritoras da cláusula compromissória fazerem parte do mesmo grupo de empresas não é suficiente para justificar a extensão dos efeitos da cláusula compromissória:

"Afasta-se, de plano, a possibilidade de extensão da eficácia da cláusula compromissória a não signatários do contrato sob o simplista fundamento da teoria dos grupos de sociedades, uma vez que perfilha o pensamento doutrinário de que a mera existência de grupo de empresas não constitui fundamento suficiente para, por si só, autorizar a ampliação da convenção de arbitragem às sociedades componentes de grupo econômico, mas não firmatárias da convenção celebrada por uma ou mais empresas do mesmo grupo empresarial."

Por outro lado, o Relator destacou que a *GP Partners* assumiu o controle das negociações e da operação que resultou na alienação das ações da empresa *Imbra* para a *Almeria*, o que, segundo o julgado, implicou no inegável consentimento da *GP Partners* com a cláusula compromissória pactuada no contrato. Nestes termos, o julgado prestigiou a corrente doutrinária segundo a qual o consentimento pode ser dado de forma tácita e que, portanto, o requisito legal da forma escrita somente se aplica ao conteúdo da cláusula compromissória.

Para tanto, suscitou-se a aplicação do art. 107 do CCB, já mencionado neste trabalho, que determina que as declarações de vontade não dependerão de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir. Ademais, o acórdão destacou que deve ser investigada a real intenção das partes "*a qual poderá ser avaliada pela análise do comportamento de todos os envolvidos na negociação, com destaque à assertiva de que o consentimento é o fundamento da arbitragem*".

Por fim, verificou-se a existência de um documento celebrado pela controladora *GP Partners* que fazia expressa referência ao contrato que continha a cláusula compromissória, a evidenciar a sua ciência sobre os termos da avença, do que não se exclui a cláusula compromissória.

ii. *Acórdão TJSP – Apelação nº 1013502-45.2017.8.26.0114 – Aeroportos Brasil*

Em recentíssimo julgado, datado de março de 2018, o TJSP prestigiou, uma vez mais, o instituto da arbitragem. Em apelação interposta contra sentença que julgou extinta uma ação de cobrança em razão da existência de cláusula compromissória, a 16ª Câmara de Direito Privado manteve a sentença por entender ser possível a extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória.

Explique-se, então, que, no caso em referência, a multinacional *Tianda South America Sistema Ltda.* celebrou com o *Consórcio Construtor Viracopos*¹⁴⁵ um contrato de fornecimento de equipamentos, materiais e serviços para a obra que seria realizada no aeroporto internacional de Viracopos, na cidade de Campinas (SP). O contrato, vale

¹⁴⁵ O consórcio é formado pelas empresas *Constran S/A Construções e Comércio* e *pela Construtora Triunfo S/A*.

ressaltar, continha cláusula compromissória indicando a CCBC como instituição competente para dirimir eventuais litígios surgidos entre as partes.

Em razão do descumprimento da avença, a multinacional ajuizou ação judicial de cobrança contra o *Consórcio*, bem como contra a empresa *Aeroportos Brasil – Viracopos S/A*, tomadora final dos serviços, responsável junto com o *Consórcio* pelo pagamento dos produtos e serviços, mas que não subscreveu o contrato que continha a cláusula compromissória.

O juiz de primeiro grau, aplicando o art. 112 do CCB, segundo o qual "*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*", rejeitou a alegação da autora de que a cláusula compromissória se referia apenas a disputas surgidas no "âmbito do contrato" – o que, portanto, não incluía a segunda ré, que não a subscreveu.

O TJSP, em sede de apelação, confirmou a sentença de extinção ressaltando que o Poder Judiciário admite amplamente a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros. Além disso, destacou que, sendo a cláusula compromissória ato bilateral, que depende da concordância de ambas as partes, sempre que se pretenda a extensão dos seus efeitos a terceiros deve-se verificar a vontade das partes signatárias de resolver eventuais disputas com os terceiros por meio da arbitragem.

No caso concreto, em razão de a *Aeroportos Brasil – Viracopos S/A*, que integra o grupo econômico das empresas que compõem do *Consórcio* ter: (i) participado ativamente da negociação do contrato que continha a cláusula compromissória; (ii) emitido diversas notas fiscais referentes aos serviços e produtos fornecidos pelo *Consórcio*; e, ainda, (iii) de não haver qualquer previsão contratual estabelecendo outro meio de resolução de disputas, o TJSP confirmou a sentença de primeiro grau para reconhecer a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória à parte que, embora não tenha assinado a avença, efetivamente participou da negociação e execução do contrato.

No fundamento do acórdão, foi mencionada a existência do precedente acima delineado, bem como o julgado do Superior Tribunal de Justiça SEC nº 856/GB, também mencionado neste trabalho, no sentido de que não se exige que a cláusula compromissória

seja assinada pelas partes, sendo suficiente a concordância tácita das partes que a ela aderiram.

c. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A primeira conclusão à qual cheguei realizando pesquisa de jurisprudência cujo objeto era, precisamente, a extensão dos efeitos da cláusula compromissória com base na Teoria do Grupo de Empresas, foi a de que já existe no Brasil uma tendência pró-arbitragem. Isso porque são inúmeros os julgados que aplicam o princípio da competência-competência (art. 8º, parágrafo único, da LAB) para remeter controvérsias ao exame do Juízo Arbitral.¹⁴⁶ Por esse motivo, inclusive, não há tantas decisões *judiciais* que apreciam, no mérito, a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas no Brasil.

Para os casos em que se busca a nulidade da sentença arbitral com fundamento na ausência de consentimento com relação à cláusula compromissória,¹⁴⁷ o que se verifica é que a jurisprudência brasileira, materializada principalmente nos julgados do TJSP acima expostos, já vem se consolidando no sentido de permitir a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não-signatárias.

Note-se, contudo, que nos julgados mencionados neste trabalho, não é a mera existência de um grupo econômico que justifica a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não-signatárias, mas, acima de tudo, a existência de um consentimento tácito e de uma unidade de orientação econômica.

Com efeito, o consentimento tácito decorre de um comportamento verificado antes, durante ou após a celebração da cláusula compromissória do qual se possa presumir com segurança que houve a concordância de determinada empresa, do mesmo grupo da subscritora da cláusula, quanto à opção pelo Juízo Arbitral. Daí porque é possível concluir que a existência do consentimento tácito não é um elemento *adicional* à Teoria do Grupo de Empresas, mas sim um elemento a ela inerente e sem o qual ela perde a sua essência.

¹⁴⁶ Nesse sentido: Apelação nº 0198399-49.2012.8.26.0100, 35ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Des. Rel. MELO BUENO. J. 24.08.15; Agravo de Instrumento nº 2024623-75.2015.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. MORAIS PUCCI, J. 04.05.15.

¹⁴⁷ Nesses casos, o fundamento da nulidade é o art. 32, inc. IV, da LAB, segundo o qual é nula a sentença arbitral proferida "*fora dos limites da convenção de arbitragem*".

Como já vimos, o consentimento tácito é um ponto em comum da grande maioria das teorias que busca explicar a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não-signatárias. A diferença, portanto, reside nos demais elementos utilizados por cada teoria para justificar a extensão.

No caso da Teoria do Grupo de Empresas, o elemento adicional ao consentimento é a unidade de interesse econômico, a qual pode ser evidenciada, por exemplo, por uma relação de coligação ou subordinação entre determinadas empresas.

Assim, o que se depreende dos julgados paradigmáticos tratados nos itens *i.* e *ii.* supra é que a existência de uma relação de coligação ou de subordinação, porque incontroversa, sequer foi tratada como um elemento específico a ensejar a extensão dos efeitos da cláusula compromissória. É dizer que, mais importante do que a relação horizontal ou vertical entre as empresas envolvidas, observou-se que há uma unidade de orientação econômica entre a empresa que subscreveu a cláusula e a que, embora não seja signatária, efetivamente participou da relação comercial por ela abrangida.

Constatou-se, ainda, que assim como na jurisprudência portuguesa, outro elemento relevante é a subscrição da cláusula compromissória por ao menos uma das empresas do grupo envolvidas na disputa.

Por fim, é possível observar que a jurisprudência brasileira é unânime na aplicação das regras de interpretação dos negócios jurídicos previstas no CCB nos casos de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não-signatárias, o que nos faz concluir que há um consenso geral quanto *(i)* à inexistência de forma especial para a manifestação do consentimento com relação à cláusula compromissória (art. 107 do CCB); e quanto à *(ii)* possibilidade de a manifestação da vontade ser dada por meio de um comportamento concludente e não de forma expressa (art. 112 do CCB).

VIII. CONSIDERAÇÕES FINAIS: APLICAÇÃO DA TEORIA DO GRUPO DE EMPRESAS SOB O PONTO DE VISTA DO DIREITO COMPARADO

Antes de mais nada, convém lembrar que a arbitragem, como a conhecemos hoje, surgiu como um meio alternativo de resolução de litígios que visava, antes de tudo, contribuir para o "*desafogamento*" do Poder Judiciário, premissa essa que se aplica em âmbito global. Como já afirmava o Ministro MAURÍCIO CORRÊA nos idos de 1999, "[o] *emperramento da máquina judiciária no Brasil, pela obsolescência de regras, culturas e práticas, poderá ter no sistêmico aparelho da arbitragem parcela do que falta para colocá-lo em sintonia com o que realiza o outro lado do mundo, sem que, com isso, seja atropelada a ordem constitucional vigente.*"¹⁴⁸

No entanto, de nada adiantará a edição de leis e a adoção de normas internacionais sobre o tema se o Poder Público não passar a compreender a arbitragem como um processo de natureza jurisdicional e não meramente contratual. É nesse contexto, então, que se insere a necessidade de o Poder Judiciário, acima de qualquer outro, dar à arbitragem a importância e o valor exigidos para a consolidação do processo arbitral como uma alternativa válida ao processo judicial.

Em Portugal, vimos que, embora a primeira lei de arbitragem tenha sido editada em 1986, somente a partir de 2011, em um momento em que o país buscava se recuperar de uma grave crise econômica, é que a arbitragem passou a ser vista como um efetivo meio alternativo de resolução de litígios. O objetivo da adoção de novas políticas econômicas e financeiras por meio da celebração do Memorando em 2011 era, dentre outras coisas, fortalecer o mercado interno, o que, segundo se entendeu, poderia ser viabilizado com a edição da LAV.

Já no Brasil, o processo de aceitação da arbitragem e a sua efetiva incorporação ao sistema jurídico também não foi simples, ensejando grandes discussões antes e depois da aprovação do Projeto de Lei que deu origem à LAB. Como vimos, somente cinco anos após a publicação da LAB, com o reconhecimento da sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é que o instituto passou a ser valorizado.

¹⁴⁸ SEC nº 5.847-1, Min. Rel. MAURÍCIO CORRÊA, J. 20.05.99, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

A partir daí, foi possível compreender que, muito mais do que um meio alternativo de resolução de conflitos, a arbitragem poderia servir de ferramenta para a solução de litígios de alta complexidade.

Outro importante passo na caminhada da valorização da arbitragem em Portugal e no Brasil foi a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial e, portanto, o afastamento da regra que sujeitava a sentença arbitral à homologação ou confirmação pelo Judiciário e, ainda, a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória.

No entanto, em que pesem ambos os países *(i)* possuírem uma lei específica de arbitragem, desvinculada do diploma processual civil; *(ii)* equipararem a sentença arbitral à judicial; *(iii)* permitirem a execução específica da cláusula compromissória; *(iv)* possuírem regras equivalentes de interpretação dos negócios jurídicos; *(v)* serem partes da Convenção de Nova Iorque e da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional; e *(vi)* adotarem regras inspiradas na Lei-Modelo UNCITRAL e princípios similares no que diz respeito ao procedimento arbitral, é possível observar uma clara diferença de posicionamento entre a jurisprudência portuguesa e a brasileira quanto à matéria objeto deste trabalho, qual seja, a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não-signatárias com base na Teoria do Grupo de Empresas.

Já quanto à doutrina, notamos que há posicionamentos similares em ambas as jurisdições estudadas, a favor e contra a extensão. Quanto a este último, os fundamentos utilizados pela doutrina mais conservadora são, basicamente, a aplicação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato (art. 406º do CCP e art. 928 do Código Civil Brasileiro de 1916) – que é um reflexo da autonomia privada – à cláusula compromissória e o direito de acesso à justiça (art. 20º da Constituição da República Portuguesa e art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal do Brasil).

Nesse contexto, ressalte-se que a equiparação da sentença arbitral à judicial, que deu força à teoria jurisdicional da arbitragem em contrapartida à teoria contratual, revela o instituto da arbitragem como parte integrante do sistema jurídico e não como um mero meio extrajudicial de resolução de conflitos.

A possibilidade de ajuizamento de ação anulatória de sentença arbitral (art. 46º da LAV e art. 33, §1º, da LAB), de impugnação ao cumprimento da sentença arbitral (art. 47º

da LAV e art. 33, §3º, da LAB) e de medidas cautelares perante o Poder Judiciário (art. 7º da LAV e art. 22-A da LAB), são também indicativos de que o procedimento arbitral convive perfeitamente com o direito de acesso à justiça.

Não mais se sustenta, portanto, a afirmação de que a escolha pela arbitragem implica em uma renúncia do direito de acesso à justiça, porque a arbitragem tem caráter jurisdicional e não apenas contratual, e é um meio de efetivação de direitos que deve respeitar, assim como o processo judicial, normas que visam a proteger as partes. Não por outro motivo, o art. 30º da LAV e o art. 21, §2º, da LAB determinam que o procedimento arbitral deverá respeitar, dentre outros, o princípio do contraditório, da ampla defesa e da igualdade entre as partes.

Logo, a escolha de submeter determinados conflitos relativos a direitos disponíveis, decorrentes de uma relação jurídica determinada, ao juízo arbitral, não implica uma renúncia do acesso à justiça. Muito ao contrário. Representa a escolha das partes por um método alternativo ao processo judicial, válido, e que, assim como aquele, está sujeito à observância de princípios e regras que visam à garantia de direitos fundamentais.

Já no que diz respeito ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, necessário salientar que tal princípio não pode ser aplicado em detrimento do princípio da boa-fé objetiva. Isto é, em havendo confrontação de princípios, entendemos que a boa-fé deve prevalecer sobre a relatividade dos efeitos do contrato e é aqui que, a nosso ver, reside um dos principais aspectos da extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não-signatárias.

No direito português, o princípio da boa-fé objetiva decorre do disposto nos arts. 227º, 239º e 762º, nº2, do CCP. Já no direito brasileiro, do disposto nos arts. 113 e 422 do CCB. Não trataremos aqui, de procurar dar ao referido princípio um significado mais concreto. Como ensina MENEZES CORDEIRO, "[a] *boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.*"¹⁴⁹

Entendemos, assim, que a boa-fé contratual deve ser extraída principalmente da análise do caso concreto, do comportamento das partes, que gera para a contraparte uma legítima expectativa, uma confiança em que haverá uma reciprocidade com relação às

¹⁴⁹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

obrigações surgidas no âmbito da relação contratual. Essa expectativa não decorre apenas dos termos do contrato, mas também e principalmente da sua negociação e da sua execução.

Do comportamento das partes é que se afere, como visto exaustivamente, o consentimento tácito com relação à cláusula compromissória, o qual é admitido por lei por ambas as jurisdições (art. 217º, nº1, do CCP e art. 107 do CCB).

Nesse particular, MANUEL PEREIRA BARROCAS, analisando a jurisprudência internacional sobre o tema, afirma que "[q]uanto maior e mais íntimo tiver sido o envolvimento das sociedades do grupo não signatária no contrato maiores são, consequentemente, as possibilidades de se justificar a extensão a elas da convenção de arbitragem."¹⁵⁰

O envolvimento das empresas que não subscreveram a cláusula, como vimos, pode se dar de diversas formas. CARLA GONÇALVES BORGES explica, a esse respeito, que tais atos de manifestação podem ocorrer tanto antes da celebração da convenção quanto "*através de atos posteriores, como o controlo da operação ou a participação activa na sua execução, dos quais se possa deduzir uma adesão por actos concludentes.*"¹⁵¹

YVES DERAINS, em artigo no qual questiona a existência e aplicação da Teoria do Grupo de Empresas na arbitragem internacional, pontua que "[t]he active participation of the non-signatories in the negotiation, performance and, where applicable, termination of the agreement containing the arbitration clause are the true factual elements that reveal the true intent of the parties."¹⁵²

Entendemos, portanto, ser plenamente admissível que o consentimento com relação à cláusula compromissória se dê de forma tácita, desde que a parte não-signatária tenha participado ativamente da negociação, execução ou, ainda, do término do contrato. O que se exige é, precisamente, que em algum momento a parte não-signatária tenha manifestado o consentimento, o que pode ou não ocorrer no momento da celebração do contrato.

¹⁵⁰ BARROCAS, MANUEL PEREIRA. *Lei de Arbitragem Comentada*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 199.

¹⁵¹ Op. Cit., p. 133.

¹⁵² DERAINS, Yves. 'Chapter 7. Is there A Group of Companies Doctrine?', in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 7 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2010) pp. 131/145.

Assim, para aferição da existência do consentimento tácito, deve ser observada pelo juiz ou pelo árbitro a presença de elementos contundentes no sentido de que a parte que não subscreveu a cláusula compromissória tinha ciência da existência do contrato e efetivamente participou da relação contratual dele oriunda.

Outro requisito essencial, observado em ambas as jurisdições, é a existência de uma orientação econômica comum entre a empresa signatária da cláusula e aquela que, embora não seja subscritora do contrato, efetivamente participou da relação contratual.

A Teoria do Grupo de Empresas, então, é a soma desses dois principais elementos, quais sejam, (i) o consentimento tácito derivado de um comportamento concludente da parte que não subscreveu a cláusula compromissória e (ii) a unidade de orientação econômica entre a empresa subscritora e aquela à qual se pretende a extensão dos seus efeitos.

Dispensa-se, portanto, a existência de uma relação de subordinação ou interdependência entre as empresas, razão pela qual não é correto o entendimento de que a Teoria do Grupo de Empresas decorreria, pura e simplesmente, de haver uma relação de grupo, tal como sugerido no precedente brasileiro da *GP Partners*. Em todos os casos analisados em que foi admitida a extensão, existia, acima de tudo, uma unidade de interesse econômico e o consentimento tácito da parte não signatária. A relação de subordinação ou coligação funcionará, então, como um forte indício da unidade de interesse econômico.

Retomando, portanto, o questionamento referente à diferença do entendimento jurisprudencial entre Portugal e Brasil e tendo em vista que não há uma diferença significativa entre os ordenamentos jurídicos, passamos à parte final deste trabalho, que é justamente tentar compreender o porquê de os tribunais portugueses serem mais conservadores do que os brasileiros.

Esclareça-se, então, que o conservadorismo do qual eu falo aqui não se traduz no conservadorismo político, ditadura das maiorias ou derivados, mas sim no pensamento engessado, que não acompanha a evolução da sociedade e do mercado e que pode, ou não, ser resultado de uma velha política. No entanto, não entraremos nessa discussão por não ser esse o objeto desta dissertação.

Portugal é nitidamente um país conservador nos costumes, na língua, na cultura. Para além disso, o que se extrai da análise doutrinária e jurisprudencial feita para a elaboração deste trabalho é que o pensamento dos juristas mais conservadores ainda tende a prevalecer no campo do direito civil e comercial.

Ao contrário do Brasil, que já admite, inclusive, a revisão judicial de contratos com base na teoria da imprevisão,¹⁵³ Portugal atribui à relatividade dos efeitos do contrato e à autonomia da vontade um valor que, por vezes, parece superar inclusive a boa-fé objetiva, como é o caso do primeiro acórdão analisado, de relatoria do Conselheiro JOÃO BERNARDO.

Nesse caso específico, houve efetiva participação da empresa que não subscreveu a cláusula compromissória, que emitiu faturas e pagou pelo serviço prestado pela sociedade Portuguesa e, ainda assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não seria possível estender os efeitos da cláusula compromissória.

Com o recente julgado de janeiro deste ano, de relatoria do Conselheiro ACÁCIO DAS NEVES, esse entendimento conservador parece estar sendo finalmente superado, o que se observa também na doutrina mais recente (como, por exemplo, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, JOÃO TORNADA, CARLA GONÇALVES BORGES e MARIANA FRANÇA GOUVEIA).

O que conclui, portanto, é que, ao contrário do que era defendido no passado, há sim espaço para a aplicação da Teoria do Grupo de Empresas em Portugal e, mais do que isso, a sua aplicação deve ser encarada como um ato de valorização do instituto da arbitragem e não de mitigação da autonomia da vontade. Se a formação de grupos econômicos é resultado da evolução do direito comercial e se a arbitragem vem sendo cada vez mais necessária como veículo de efetivação de direitos, principalmente no campo do direito comercial, o Poder Judiciário não pode estar alheio a isso.

DARIO MOURA VICENTE, em obra publicada em 2002 – muito antes, portanto, de o TJSP ter manifestado o seu entendimento favorável à extensão dos efeitos da cláusula compromissória com base na Teoria do Grupo de Empresas – e que analisou,

¹⁵³ RODRIGUES JUNIOR, OTAVIO LUIZ. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, pp. 36/37.

precisamente, a manifestação do consentimento comparando o direito português e o brasileiro, já afirmava que "*ambos os sistemas poderiam, pelo menos nas relações entre comerciantes, ir mais longe na atenuação do formalismo a que submetem a celebração de convenções de arbitragem, adequando desse modo a regulamentação da matéria às necessidades do tráfico jurídico.*"¹⁵⁴

O que não se admite, seja na aplicação da Teoria do Grupo de Empresas ou de qualquer outra teoria que busque justificar a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não-signatárias, é que se ignore a existência do elemento volitivo, que é o consentimento. Mas não é isso o que defendemos aqui.

Se tanto o direito português quanto o direito brasileiro fornecem elementos que, a um só tempo, preservam a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva e, ainda por cima, valorizam o caráter jurisdicional da arbitragem, não há motivos para que ambas as jurisdições adotem um posicionamento jurisprudencial contraditório.

Fazendo nossas as palavras de SELMA LEMES, "[...] *uma lei poderá ser boa ou não. Dependerá das pessoas que a utilizarem e dos órgãos incumbidos de sua interpretação e aplicação valerem-se das normas, atentando para seus princípios e origens, ou seja, para os fins a que foram propostas.*"¹⁵⁵

E na tortuosa tarefa que é dar à lei uma interpretação que acompanhe a evolução social sem que para isso seja necessário alterar todo o diploma legal é que reside a importância do direito comparado. Para a arbitragem, que tem aplicação no âmbito doméstico e internacional, a observância da doutrina e jurisprudência de outros países se torna ainda mais relevante para que o instituto não se torne obsoleto e deixe de atingir a sua finalidade, que não é outra senão a de contribuir para a efetivação de direitos.

Cite-se, como exemplo de uma jurisdição que era rigorosamente contrária à aplicação da Teoria do Grupo de Empresas¹⁵⁶ e que, em 2003, revelou uma importante alteração de entendimento, a jurisdição Suíça. Com efeito, em julgado do Tribunal Federal

¹⁵⁴ VICENTE, DÁRIO MOURA. *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLIII, nº 2, Coimbra Editora, 2002, p. 1.004.

¹⁵⁵ LEMES, SELMA MARIA FERREIRA. *Princípios e Origem da Lei de Arbitragem*, in Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 51, outubro de 1997, pp. 32 a 35.

¹⁵⁶ "In short, Swiss law ignores the concept of group of companies [...] and is resolutely committed to the legal independence of the company in relation to its sole shareholder or of the subsidiary in relation to the parent company. It will only be disregarded in exceptional circumstances, where the fact of resorting to such a subsidiary to escape one's obligations would amount to fraud or to a patent abuse of right." (POUDRET, JEAN-FRANÇOIS, *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, in Journal du droit international, 1995, p. 813)

Suíço, reconheceu-se a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória, de acordo com as circunstâncias e desde que o comportamento das partes demonstre um consentimento tácito à cláusula compromissória (*actes concluants*).¹⁵⁷

No ponto, o professor WALD afirma que "[r]esta, assim, aos operadores do direito que praticam a arbitragem no Brasil, a difícil tarefa de participar na evolução do nosso direito arbitral, examinando os numerosos exemplos e estudos que encontramos no direito comparado e internacional, e, já agora, na nossa prática nacional, tendo sempre em vista dar ao instituto ampla credibilidade, assegurando-lhe a necessária eficiência de que tanto precisa."¹⁵⁸

O que propomos neste trabalho, portanto, é que ambas as jurisdições analisadas, que possuem um sistema jurídico já consolidado no que diz respeito à arbitragem, passem a reconhecer, cada vez mais, esse instituto como uma alternativa ao processo judicial, sem deixar de lado, naturalmente, os direitos fundamentais das partes. Especificamente no que diz respeito à Teoria do Grupo de Empresas, propomos que seja admitida a sua aplicação, nas devidas proporções, não se ignorando que o consentimento é um elemento a ela inerente e que deverá ser analisado caso a caso, juntamente com a unidade de orientação econômica entre a empresa subscritora da cláusula e à qual se pretende a extensão dos seus efeitos.

¹⁵⁷ Swiss Federal Tribunal, 16 October 2003, *Revue de l'arbitrage* (2004) p. 695, note by L. Lévy and B. Stucky, in Yves Derains, 'Chapter 7. Is there A Group of Companies Doctrine?', in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 7 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2010) pp. 131/145.

¹⁵⁸ *Op. Cit.*, p. 133.

IX. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE. *Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos*, in: I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa: Centro de Arbitragem Comercial : intervenções/[organização do] Centro de Arbitragem Comercial, [e da] Associação Comercial de Lisboa. - Coimbra: Almedina, 2008.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE e CARVALHO, JORGE MORAIS, *Introdução ao Direito Comparado*, 3ª ed. (reimpressão), Coimbra: Almedina, 2018.
- ALVIM, JOSÉ EDUARDO CARREIA. *Comentários à Lei da Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- AMARAL NETO, FRANCISCO DOS SANTOS. *Os Grupos de Sociedades*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 47, Vol. II, setembro de 1987.
- ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA. *Os grupos de sociedade estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- ARAGÃO, ERGAS DIRCEU MONIZ DE. *Tutela dos Direitos no Código Civil Português*, in Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná, 1969.
- BAPTISTA, LUIZ OLAVO. *Cláusula Compromissória e Compromisso*, in Revista de Direito Público RDP 70/293, abril - junho de 1984.
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA. *Lei de Arbitragem Comentada*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.
- _____. *Manual de Arbitragem*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. *Necessidade de uma nova ordem judicial: a arbitragem*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 45, Vol. II, setembro de 1985.
- BORGES, CARLA GONÇALVES. *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano VII, nº 13, Lisboa: Themis, 2006.
- CAHALI, FRANCISCO JOSÉ. *Curso de Arbitragem*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

- CARMONA, CARLOS ALBERTO. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHOSA, MODESTO. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4º Vol., Tomo II, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. *Tratado da Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2015.
- _____. *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2007.
- CORREIA, LUÍS BRITO. *Grupo de Sociedades, em Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra: Almedina, 1998.
- CRETELLA NETO, JOSÉ. *Curso de arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DERAINS, YVES. 'Chapter 7. Is there A Group of Companies Doctrine?', in Bernard Hahnotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 7* (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2010).
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- ELZIRIK, NELSON. *A Lei das S/A Comentada, Volume III, Artigos 189 a 300*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE. *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Coimbra, Almedina, 2010.
- GOUVEIA, MARIA FRANÇA e CARVALHO, JORGE MORAIS. *Arbitragens complexas: questões materiais e processuais*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano IV, Almedina, 2011.
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.
- GRAU, EROS ROBERTO. *O direito posto e o direito pressuposto*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- GUERREIRO, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES. *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*, São Paulo: Saraiva, 1993.

HANOTIAU, BERNARD. '*Chapter II: May an Arbitration Clause be Extended to Non-signatories: Individuals, States or Other Companies of the Group?*', in Bernard Hanotiau , *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, International Arbitration Law Library, Volume 14 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006).

_____. *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties Issues - An Analysis*, *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2001, Volume 18 Issue 3).

HÖRSTER, HEINRICH EWALD. *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra: Almedina, 2005.

LEMES, SELMA MARIA FERREIRA. *Ação de Anulação de Sentença Arbitral – Comentários à sentença proferida no proc. 0012802-40.2011.8.26.0068 – 4.ª Vara Cível de Barueri*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 10, nº 39, outubro/dezembro de 2013.

_____. *Cláusula arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes*, in *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Petrônio R.G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira*, in *Revista de Arbitragem e Mediação - RArb*. 51, *Revista dos Tribunais*, out./dez. 2016.

LIMA, FLÁVIO PEREIRA e MIRANDA, DANIEL CALHMAN. *A Extensão da Cláusula Compromissória a Partes Não Signatárias no Direito Brasileiro*, in *Arbitragem no Brasil*, Vol. I, São Paulo: Imprensa Régia, 2010.

LOPES, CARLOS. *Crescimento económico e desigualdade: As novidades pós-Consenso de Washington*, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 94, 2011.

MARTINS, FRAN. *Curso de Direito Comercial*, 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Grupo de Sociedades*, *Revista dos Tribunais*, Vol. 636, 1998.

MELO, LEONARDO DE CAMPOS. *Extensão da Cláusula Compromissória e Grupos de Sociedades – A Prática CCI e sua Compatibilidade com o Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO e TORNADA, JOÃO. *A Intervenção de Terceiros na Arbitragem: alguns problemas. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto de 8 de março de 2016*, in *Revista PLMJ Arbitragem*, nº 1, novembro de 2017.

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *A influência do Direito Processual Civil Alemão em Portugal e no Brasil*, in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 9, 1990.

MUNHOZ, EDUARDO SECCHI. *Estrutura de Governo dos Grupos Societários de Fato na Lei Brasileira: Acionista Controlador, Administradores e Interesse de Grupo*, in [CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; e GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.)] *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NANNI, GIOVANNI ETTORE. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, PEDRO CAETANO. *Anotação ao caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, in 100 Anos de arbitragem: os casos essenciais comentados/PLMJ Sociedade de Advogados; António Júdice Moreira [et al.], Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PEDREIRA, JOSÉ LUIZ BULHÕES. *Acordo de acionistas sobre o controle de grupo de sociedades*, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Vol. 15, São Paulo, 2002.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA. *Convenção de Arbitragem (aspectos internos e transnacionais)*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 64, Vols. I/II, novembro de 2004.

POUDRET, JEAN-FRANÇOIS, *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, in Journal du droit international, 1995.

REDFERN ALAN and HUNTER MARTIN, *Redfern & Hunter on International Arbitration 6th ed.*, OUP, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, OTAVIO LUIZ. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

TEPEDINO, GUSTAVO. *Arbitragem e Autonomia Privada: a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento*, in Revista Quaestio Iuris, Vol. 09, nº 01, Rio de Janeiro, 2016.

_____. *Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades*. In: Tepedino, Gustavo; Fachin, Luiz Edson (orgs.). *Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*, Vol. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros*, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Vol. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2001.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil: Parte Geral*, 10^a ed., São Paulo: Atlas, 2010.

VENTURA, RAUL. *Convenção de Arbitragem*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Vol. II, setembro de 1986.

_____. *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, in Revista da Ordem dos advogados, Ano 46, Vol. I, abril de 1986.

VERÇOSA, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC. *Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008.

VICENTE, DÁRIO MOURA. *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLIII, n° 2, Coimbra Editora, 2002.

_____. *Lei de Arbitragem Voluntária: anotada*, 1^a ed., Coimbra: Almedina, 2012.

VIDO, ELISABETE. *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

WALD, ARNOLDO. *A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos*, in Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, Ano 1, Vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 2014.